Э. Э. Понтович.

Проблема государственной власти.

Философско-правовые этюды.

Отдельный оттиск из „Известий Иваново-Вознесенского Политехнического Института" за 1919 г. вып. 1.

[1]

ПЕТРОГРАД.
Типография Э. Ф. Мекс. Международный просп., № 22.
1919.

Из коллекции
профессора
В. Э. Грабаря

Глубокоуважаемому
Дмитрию Моисеевичу
Петрушевскому
отъ искренне преданна
Авторы.
Ив-Сверн
ноябрь 19

Проблема государственной власти.

Философско-правовые этюды

Э. Э. Понтовича.

I.

Реализм в юриспруденции.

§ 1.

Постановка проблемы о государственной власти в новейшей русской литературе.

Проблема государственной власти есть проблема государственного права, т. е. права государства властвовать над людьми. Так, по крайней мере, понималась она в течение долгих веков развития политической мысли, начиная от Бодена и кончая представителями немецкой юридической школы.

При такой постановке проблемы о государственной власти задача современного ее изследователя могла бы быть сведена лишь к установлению понятий, в которых мыслилось разсматриваемое явление прежде и в которых оно мыслится в настоящее время, и, затем, к оценке того, насколько эти понятия со своей задачей справляются.

Но иная постановка интересующей нас проблемы является последним словом современной литературы государственного права. Новейших писателей занимает не столько вопрос о том, как мыслится государственная власть, сколько о том, почему таковая существует. В новейшем русском труде по юридической методологии указывается на то, что неудачи, постигшие науку государственного права в основном для нее вопросе, вопросе о существе государственной власти, объясняются крайней односторонностью того юридико-догматического метода, которым наука пользовалась. Классификационный метод безсилен там, где нужно не описывать, а объяснять явления [1]). Проблема о существе государственной власти, для решения которой требуются „историко-политические, социологические, психологические и философ-

[1]) Б. А. Кистяковский. Социальные науки и право, 1916 г., стр. 417 и сл.

ско-идеологические" исследования, отделяется, таким образом, от вопроса об определении понятия о государственной власти, могущего быть выясненным на основании одного лишь догматического метода.

Точно также и в новейшей русской монографии, посвященной проблеме правового государства, подчеркивается идея, что, желая проникнуть в природу государства и власти, мы „уже не в состоянии оставаться в неизбежно узких пределах юридического формализма". Властвование и подчинение, осуществляющиеся в государстве, представляются автору разновидностью широкого, как сама человеческая жизнь, вида психических переживаний [1]).

Авторитетность имен цитированных сейчас писателей, выдающаяся солидность их исследований, как равно и сравнительная новизна последних, свидетельствуют о том, что в русской науке о государстве живо воспринят тот метод исследования явлений государственной жизни, который так настойчиво пропагандировал в Германии Георг Иеллинек. Различие в направлении и выводах между названными русскими учеными как-будто еще сильней подчеркивает их согласие в вопросе об отношении к „юридическому формализму": не отвергая юридического метода исследования явления государственной жизни, оба они в одинаковой мере сильно и резко подчеркивают его ограниченное и условное для науки значение. Следуя знаменитому автору „Системы субъективных публичных прав" и „Общего учения о государстве", названные русские писатели согласны в том, что для познания существа государства и государственной власти, надлежит обратиться от метода отвлечения и классификации к установлению причинной связанности этих явлений с другими, находящимися в плоскости общественной жизни или психических переживаний человека.

Но наряду с этой точкой зрения, имеющей дуалистический характер, новейшей русской литературе известно и другое, уже чисто монистическое, воззрение на метод изучения явлений государственной жизни. Профессор Л. И. Петражицкий объявляет все теории, которые были направлены на то, чтобы в тех или иных понятиях осмыслить государственную власть, т. е. все, которые только создавались в течение нескольких столетий, „наивно-проекционными", объясняемыми, может быть, „законом ассоциаций идей", но во всяком случае неспособными не только „выяснить", но даже „коснуться" реальных явлений государственного властвования. Между тем подлежащие нашему познанию явления имеют свои причины и требуют именно с этой стороны своего объяснения [2]). Существо государственной власти может быть, таким образом, познано только с точки зрения рассмотрения ее по

---

[1]) С. А. Котляревский. Власть и право, 1915 г., стр. 8.

[2]) Л. И. Петражицкий. Теория права и государства, т. I, 1909 г., стр. 197—198 и сл.

началу причинной зависимости, тогда как за юридико-догматическим методом не признается уже совсем никакого научного значения.

Совершенно несомненно, что изучение этого явления по одному лишь принципу каузальной связанности изменяет всю постановку проблемы о государственной власти. Эмпирическое знание может интересоваться лишь одним вопросом, — о том, почему та или иная власть существует. Не оценку и оправдание, а одно лишь объективное объяснение государственной власти может ставить своей задачей наука, если уже она становится на эту точку зрения. Ту же самую цель имеет пред собою и дуалистическое направление в сфере одного из двух (или двух из четырех, как в плюрализме Б. А. Кистяковского) своих устремлений [1]). Но перед этим направлением, наряду с указанной, стоит и другая задача, которую, впрочем, большинство из его представителей, как дуалисты, заранее отвергают, — задача по согласованию выводов, полученных из каузального изучения, с теми понятиями, что устанавливаются „формально-юридическим" путем.

Мы видим таким образом, что уже не в области истории и политической экономии, но в области учения о государстве в качестве основного научного лозунга берется старое изречение Бенедикта Спинозы: „не плакать, не смеяться, но понимать". Юриста и политика грозит здесь заменить исследователь, заимствующий свои методы из сферы наук о природе.

Столь определенный уклон нашей юридической литературы в эту сторону, намечающийся ко времени, когда русская наука о праве и государстве имеет уже данные к тому, чтобы приобрести свой самостоятельный характер, имеет, однако, глубокие корни в истории русской юридической науки—с одной стороны, и в некоторых направлениях европейской науки о государстве—с другой.

§ 2.

Реалистические („социологические" и „психологические") традиции в русской юридической науке.

Идея изучения существа явлений, содержащих в себе правовые моменты, по началу причинной их связанности не составляет изобретения названных выше ученых. Метод этот уже неоднократно был испробован в юридической литературе, будучи заимствован ею из политической экономии и социологии. Едва ли не первую значительную попытку применения его к области права мы находим уже в трудах Р. ф. Иеринга. Хотя последний и пытался провести различие между методом, пригодным для исследования правовых явлений и методом, применяемым

[1]) Соц. науки и право, стр. 321 и сл.

в других сферах социальной науки, однако идея „социологической юриспруденции" исходит все же от него.

Иеринг различал два вида причинной связанности: causa efficiens и causa finalis. В первом случае действует принцип: „Keine Wirkung ohne Ursache", во-втором—„Keine Handlung, kein Wollen ohne Zweck" [1]).

Причинами второго рода являются, таким образом, цели человеческого поведения, которые должны быть устанавливаемы наукой, в частности, и для того, чтобы познать существо права. Явления правовой (и государственной) жизни обращаются с этой точки зрения в предметы, долженствующие быть изучаемыми в их причинной связанности с другими явлениями.

Вслед за Иерингом на тот же методологический путь, но менее решительно, пытались вступить Цительман [2]), Бергбом [3]), Бирлинг [4]) и др. в Германии, но несравненно большую популярность приобрело это направление в России.

Утверждение его в нашей юридической литературе второй половины XIX века было обусловлено силой и непосредственностью того влияния, которую оказал на всю нашу науку англо-французский позитивизм. Популярная в свое время книга В. И. Сергеевича дала могучий толчек для проникновения позитивно-эмпирической методы и в область юриспруденции [5]). Следуя за О. Контом и Д. С. Миллем, наш знаменитый историк права „не в установлении самых норм права", а „в раскрытии законов существования и последовательности социальных явлений, или фактов государственной жизни" видел задачу „чистой науки" [6]). Последняя говорит не о том, что должно быть, но о том, что есть; она познает лишь причины и следствия окружающих нас явлений [7]).

Идеи, развитые в методологической работе Сергеевича, вскоре-

---

[1]) R. v. Jehring, Zweck im Recht, B. I, 1877, S. 4. С. Иерингом солидаризируется в этом вопросе L. Duguit, Etudes de droit public. t. I, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, p. 81. Оценку теории Иеринга см. у Кистяковского. Соц. науки и право, 665. О понятии цели и „целевого закона" см. W. Wundt, System der Philosophie, 1889, S. 318 u. ff., а также Ch. Siegwart, Logik. II, 571.

[2]) E. Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 200 u. ff.

[3]) Bergbohm (Staatsverträge und Gesetze, als Quellen des Völkerrechts, 1877, S. 53) считает, что и положительный закон „immer ein gewisses Causalitätsverhältniss ausdrücken muss."

[4]) Как известно, Bierling считал существенным признаком правовой нормы момент „признания" (Anerkennung) ее определенной группой людей (см. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1877, B. I, S. 3 u. ff., Juristische Prinzipienlehre, I. 1894, 40 u. ff.). Таким образом, в признании, как Иеринг в интересе, находил Бирлинг причину права.

[5]) См. В. И. Сергеевич. Задачи и метода государственных наук, 1871 г. особ. стр. 33 и сл; 230 et passim.

[6]) Указ. соч. стр. 34.

[7]) Там-же, стр. 44.

же находят отклик среди теоретиков и систематиков нашей юриспруденции. Если Иеринг обычно рассматривается как глашатай англо-французских позитивных методов в немецкой юридической науке, то в России являлся таковым С. А. Муромцев.

Едва ли можно найти среди юристов более решительного сторонника проведения начал социального позитивизма в области юриспруденции, чем С. А. Муромцев. Как во взглядах своих на задачи науки вообще и правоведения в частности, так и в приложении их к „определению и основному разделению" права, названный русский ученый был одним из наиболее последовательных поклонников идей Д. С. Милля, несравненно более во всяком случае последовательным, чем полемизировавшие с ним в то время А. Х. Гольмстен и С. В. Пахман, которые, впрочем, проявили может быть бо́льшую чуткость в понимании задач юриспруденции.

„Все науки", писал Муромцев, „возникли на почве ежедневной практики, будучи сначала только приведенным в некоторый порядок искусством". „Практические потребности вызывали ум на деятельность. Найденные знания о том, от чего зависит удовлетворение потребностей, составляли зародыш науки. С течением времени постоянство умственной работы вызвало привычку и склонность к ней и выработало любознательность" [1]). Отсюда и возникло стремление к объективному исследованию, к установлению законов, по которым происходят явления.

Уже это рассуждение, насквозь пропитанное эмпиризмом, дышет идеями Д. С. Милля, на которого С. А. Муромцев, далее, и ссылается, стараясь уловить „психический закон", обусловливающий собою „историческое развитие науки". Закон этот есть закон ассоциации, приводящий человека „постепенно к тому, что он желает средств, не думая о цели". „Таким путем научная деятельность, бывшая прежде средством, стала самостоятельной целью". „Таким путем" и исследователь наш освобождается от грозящего испортить все его эмпирическое рассуждение факта науки, который установлением универсального закона ассоциации умещается в общую схему явлений, совершающихся по некиим необходимым законам. После этого уже не остается бьющих в глаза препятствий к тому, чтобы „задачу науки видеть в определении законов, по которым происходят явления". Задача социальных наук должна состоять, соответственно, в изучении законов, по которым происходят явления общественной жизни. Эти мысли Муромцев пытается приложить и к науке о праве, по крайней мере,—„к устройству гражданского правоведения".

[1]) С. Муромцев. Определение и основное разделение права, 1879, стр. 9. и сл. По вопросу о влиянии на Муромцева идей Иеринга см. ценные указаиия в биографическом очерке П. Н. Милюкова, в сборнике „С. А. Муромцев". М. 1911 г. стр. 22 и сл.

„Мы исходим", пишет названный автор в другой своей работе, „из того воззрения на задачи правоведения, которое сложилось под влиянием позитивизма". „С точки зрения этого воззрения задачи правоведения, как науки, состоят в том, чтобы изучать законы определенной группы социальных явлений, которые своею совокупностью образуют право" [1]).

Что же, однако, разумел Муромцев под „законами"? И каким образом можно установить законы для явлений права?

Позитивная точка зрения остается выдержанной им до конца. Следуя Монтескье, Конту и Миллю, он разумеет под законом „постоянство, которое существует в силу природы вещей в отношениях между явлениями, или явлениями и их условиями и последствиями[2]). Это отношение установлено, по его мнению, не человеком, но естественными свойствами данных условий,—иначе говоря самою природою [3]).

Закон нужно отличать, как думает Муромцев, от юридического принципа. Последний есть лишь „обобщенное описание или выражение совокупности общих свойств („общего смысла") существовавшего или существующего порядка, существовавших или существующих правил, отношений, действий [4]). „Юридический принцип служит формулою, которая определяет так или иначе известную группу правовых отношений и соответствующих им правовых постановлений. Юридический принцип указывает на то, что должно быть, закон — на то, что есть в силу свойств человека, общества и мира". „Юридический принцип составляет продукт человеческой деятельности; закон стоит над нею. Юридический принцип может быть нарушен человеком; нарушение закона свыше человеческих сил. Юридический принцип подлежит критике; критика закона не имеет смысла" [5]).

Отсюда вытекает и взгляд Муромцева на догматическую юриспруденцию. Если установление законов составляет истинную цель науки, то систематизирующая, направленная на установление юридических принципов, деятельность юриста-догматика есть не научная деятельность, а особого рода искусство, т. е. комбинация средств для достижения избранных человеком целей [6]). И здесь Муромцев следует Миллю, цитируя, далее, слова последнего о том, что „повелительное наклонение есть характеристическая черта искусства, в отличие

---

[1]) С. А. Муромцев. Что такое догма права? 1885 г., стр. 7.

[2]) С. Муромцев. Определение и основное разделение права, стр. 15.

[3]) Там-же, курс. наш.

[4]) Там же, стр. 16—17.

[5]) Там же, курс. наш.

[6]) Что такое догма, стр. 8 и сл.; Определение, стр. 10.

от науки. Всё, что говорит правилами или предписаниями, а не утверждениями, относящимися к фактам, есть искусство" [1]).

Как видим, Муромцев не впадает в откровенный юридический нигилизм. Считая юриспруденцию не за науку, а за искусство, он тем самым старается укрепить за нею право на существование и с точки зрения позитивного знания. „За догму говорит вековой опыт юриспруденции, и позитивист охотно признает за ней отдел правоведения как искусства. Нечего, конечно, претендовать на то, что в догме не признают науки, в строгом смысле этого слова: такая квалификация не умаляет значения догмы. Физиология — наука, медицина — искусство; психология — наука, теория воспитания — искусство. . . и для юриста-догматика нет беды, если позитивист, оставаясь верен своей терминологии, не назовет его предмет наукой, и достоинство его нисколько не потерпит, если он не отстоит во что бы то ни стало своего положения, как деятеля „науки" [2]).

Вопрос заключается, однако, не в одной только терминологии. Называть ту или иную дисциплину можно так или иначе, но с отнесением догмы права в разряд искусства и с установлением раскрытия законов природы, как единственной задачи науки, разрешается в определенном смысле вопрос о методе, которым должен руководиться исследователь явлений права. Признавая, что явления правовой жизни составляют продукт человеческой деятельности, в результате которой устанавливаются известные „юридические принципы", указывающие на то, что должно быть, — Муромцев стремится тем не менее не к раскрытию этих принципов, а к познанию законов развития гражданского права. Он отдает себе при этом полный отчет в том, что для установления этих законов следует правовые явления рассматривать в их общей связи со всей социальной деятельностью [3]). „Объяснить гражданское право как факт социальной жизни, можно только при помощи психологии, общей социологии, политической экономии и т. д." [4]). Общие законы развития права не могут быть ничем иным, как произведением социальных факторов, которые обладают самым общим значением [5]).

---

[1]) Там же, стр. 12.

[2]) Что такое догма, стр. 9—10.

А. Х. Гольмстен, полемизируя с С. А. Муромцевым (Журн. Гражд. и Уг. Права, 1884, №№ 3 и 5) отстаивал положение догмы, как науки, исходя, к сожалению, из тех-же основных методологических предпосылок, которые принял в основу своих исследований С. А. Муромцев. Следуя за О. Контом, А. Х. Гольмстен видел в догме физику, а в истории — динамику науки права. См. также А. Х. Гольмстен. Принцип тождества в гражданском процессе, 1884, стр. 247, 253, 255, 286 Муромцев возражал ему, как и С. В. Пахману (О современном движении в науке права. 1882 г., стр. 24 и сл.), в брошюре: Что такое догма права?"

[3]) Определение, стр. 32 и сл.

[4]) Там же, стр. 38.

[5]) Там же, стр. 39.

К чему же, однако, должно, в конечных итогах, приводить этого рода исследование, направленное на познание правовых явлений? Оставляет ли оно что-либо догме, „искусству", или все наше знание о праве должно быть добываемо путем установления относительно этих явлений каузальных законов?

Муромцев не боится остаться последовательным в применении идей Д. С. Милля к области права до конца. Установление „законов развития права" может быть, ведь, плодотворным лишь в том случае, если оно приводит к установлению относительно правовых явлений известных понятий. Если философы позитивно эмпирического направления и отрицают за нашими понятиями свойства априорности и творческого их значения в самом опыте, то они не могут не признавать за ними значения того результата, к которому опыт человека приводит. Отстаивая универсальность применения „объективного" метода, Муромцев не желает, подобно современным писателям, отдать построение юридических понятий догме права. „Догматическое определение не назначено", по его мнению, „для того, чтобы отличить как-нибудь определяемый институт от другого [1]). Лишь в том случае определение института может удовлетворить своему назначению, если оно выведено „из изучения природы института", из изучения всего развития его [2]). Все наши определения, относящиеся к области права, должны быть создаваемы, следовательно, путем выделения тех признаков, которые заключены в сфере причинной связанности определяемых явлений с другими. При пренебрежении этим путем легко впасть в односторонность, утверждает Муромцев, отдать излишнее предпочтение свойству, почему-либо бросившемуся в глаза [3]). От этой односторонности нас оберегает, по его мнению, определение института, открытое „из действительного соотношения различных его признаков". Эта мысль поясняется Муромцевым весьма ярким примером. „Ничто, говорит он, не кажется проще и вернее определения: право собственности есть полное юридическое господство над вещью. С точки зрения этого определения, каждое стеснение собственника представляется не иначе, как ограничение права собственности,—как некоторая измена логическому совершенству понятия... Между тем историко-культурное изучение права собственности обнаруживает, что „ограничения" его не составляют чего-либо враждебного ему по своей природе, но вытекают из тех-же источников, что и сама собственность"...

Нас меньше всего интересует в этом исследовании природа собственности. Охотно допускаем, что Муромцев в оспаривании взгляда

[1]) Определение, стр. 40.

[2]) Там-же.

[3]) Эта идея о произвольности юридико-догматических определений с большой энергией развивается ныне Б. А. Кистяковским, цит. соч., стр. 420 и сл. et pass.

на собственность, как на „полное юридическое господство", может быть и прав. Здесь должно быть отмечено, однако, другое. Установив применение метода познания существа явлений через причинную их связанность и к области построения правовых понятий, Муромцев — совершенно последовательно—пришел к слиянию права с фактом, должного—с сущим. В частности, и право собственности, согласно его воззрению, не есть то, что должно быть осуществляемо в действительности, а то, чем оно было, что оно есть.

Как видим, вопрос о существовании догмы права, как науки, не есть вопрос одной лишь терминологии. Квалификация догмы в качестве искусства приводит на самом деле к полному отрицанию за ней всякого значения, кроме технически-вспомогательного. Все правовые явления познаются из „законов природы". Но вместе с тем из области права выбрасывается все правовое. Область должного, то, что Муромцев называл юридическими принципами, как познаваемая только из природы, из сущего, с последним и сливается. Из боязни перед понятиями, устанавливаемыми по желательным, или „бросившимся в глаза" свойствам, наш исследователь приходит к выводам, с которыми самое существование явления должного никак не может быть согласовано.

Итак, право, должное, Муромцев желает познать как факт, как сущее. Предметом гражданского правоведения он—вполне последовательно!—считает не нормы, но отношения и совокупность последних—„гражданско-правовые порядки, которые существовали и существуют в исторической действительности" [1]). Отношение же мыслится им, как „возможность известного ряда событий, которые обусловлены воздействием предметов и людей на человека и человека на них". Спрашивается, однако, к чему вообще говорить о праве, к чему „познание" его, к чему всё „гражданское правоведение", если при этом разумеется отождествление права с фактом?.

Но здесь то и открывается больное место всех реалистов в праве. Идея права, идея его логической противоположности факту, никогда не покидает их совершенно, как бы иллюстрируя тем всю реальность своего значения для жизни всех людей. Отождествляя в принципе право с фактами, все писатели указанного направления стараются вместе с тем выделить какой-либо факт, чтобы именно его признать правом. Если такого рода исследование кто-нибудь считает за позитивное, „естественно-научное", если кто-нибудь верит в безусловную „эмпиричность" этих выводов—habeat sibi! Несомненно лишь то, что здесь и скрыто все зерно проблемы должного вообще и права в частности.

[1]) Определение и основное разделение права, стр. 56.

Так поступает и Муромцев. Определив понятие отношения в указанном выше смысле, наш автор ищет затем в кругу фактов, обнимаемых этим понятием, какой-либо один, с которым легче, удобнее, желательнее, было бы связать право. Мы не намерены следовать в дальнейшем за всеми деталями рассуждений С. А. Муромцева. Для нас достаточно лишь отметить, что за право им признается факт защиты, точнее,—организованной защиты отношений. „Организованную форму защиты мы называем, говорит Муромцев, формою юридическою или правовою". Субъекты, защищенные в этой форме, а также лица, против которых эта защита направлена, подходят под понятие лица в более тесном, юридическом, значении его" [1]).

Весь смысл права сводится, таким образом, к установлению „юридической гарантии", т.-е., говоря словами Муромцева, „при возведении какого-либо отношения на степень права, деятельность власти ограничивается тем, что открыто или молчаливо она установляет, что отныне в случае правонарушения за субъектом права будут признаны известные притязания по отношению к правонарушителю" [2]). В возможности иска, „или вообще юридической защиты" лежит главное основное и существенное свойство права", подчеркивает цитируемый автор в другом месте [3]). По существу своему, правовое отношение остается у Муромцева тем же фактическим, как это и признает он сам. Оно отличается лишь своеобразным „устройством среды",— „присутствием в ней особых защищающих (юридических) отношений" [4]). В силу этого правовое отношение представляется ему „более гарантированным" от нарушений со стороны третьих лиц, „более продолжительным", „более прочным", нежели обыкновенное фактическое отношение.

Мы видим, что Муромцев снова подчеркивает тождественность по существу между юридическим и фактическим, однако здесь один из фактов—защита или власть—уже выделен из всей совокупности фактов, поставлен в особое положение и с ним уже связаны особенные свойства. Пусть они обосновываются лишь указанием на „гарантию", на „прочность" и „продолжительность", которые придаются отношениям благодаря существованию „защиты". При всей „объективности" рассуждений нашего ученого оправдание одного из фактов, связывание именно с ним явления права—на-лицо. Это

[1]) Указ. соч., стр. 70—71. Под „организованною защитою" Муромцев понимает то, „что осуществляется определенным заранее порядком и, обыкновенно, при содействии особенных, установленных для того органов (там же, стр. 69).

[2]) Указ. соч., стр. 81.

[3]) стр. 86.

[4]) стр. 91.

чувствует и сам С. А. Муромцев, когда он говорит, что „защита" в большинстве случаев устанавливается произволом законодателя"[1]).

Итак, все усилия С. А. Муромцева произвести не „юридико-догматическое", но объективное, социологическое, исследование существа права свелись в последнем счете к тому, что путем рассуждений, имеющих совершенно „объективный" и „эмпирический" вид, он пришел к установлению для права признака, о котором задолго до него уже спорили на многих языках и который заключается в попытке уяснить явление права из другого явления—государства [2]).

Метод, введенный Муромцевым в сферу изучения явлений гражданского права, выдвигается позднее с большою яркостью Н. М.

---

[1]) Указ. соч., стр. 143.

[2]) Влияние идей С. А. Муромцева далеко не осталось бесследным в русской цивилистической литературе. Так, выдвинутый им метод защищается Ю. С. Гамбаровым (Задачи современного правоведения, Журн. Мин. Юстиции, 1907 г., Январь, стр. 77 и сл.), утверждающим, что „априорная метода" „долго задерживала успехи всяких знаний". Необходимым условием научного изучения права, как и всякого другого предмета научного изучения, является, по мнению названного автора, „обработка его a posteriori", т.-е.—„теми же методами опыта и наблюдения, которым человечество обязано всеми своими завоеваниями в области знания". Задача современного правоведения состоит, как полагает г. Гамбаров, в „разыскивании законов развития общественной жизни".

В вопросах общей теории права весьма близко стоит к С. А. Муромцеву и Н. М. Коркунов. См. его Лекции по общей теории права, изд. 8, 1908 г., стр. 82 и сл. Все различие во взглядах названных ученых в вопросе о существе права сводится лишь к тому, что Коркунов пытается в определение Муромцева, чисто формальное, влить некое материальное содержание. Существенный признак, характеризующий правовую норму, Н. М. Коркунов усматривает в разграничении интересов людей.

Из той-же школы, повидимому, выши и нашли виднейшие цивилисты-догматики Г. Ф. Шершеневич и Д. Д. Гримм. Определение понятия права, даваемое Г. Ф. Шершеневичем (Общая теория права, вып., I, 1911 г., стр. 290), отличается от определения Муромцева лишь тем, что рассуждения его носят не социологический, но формально-логический характер. И теория его, соответственно, проще, обнаженнее, теории Муромцева. Идея последняго о „защите" заменяется более откровенной идеей об „угрозе", исходящей от органов государства.

Д. Д. Гримм в своем учении о праве (см. его Курс римского права т. I, в. 1, 1904 г., стр. 31 и сл.) „исходит из понятия о конкретном жизненном отношении", которое представляется ему „известным специфическим отношением сосуществования, возникающим между данными субъектами и данными объектами". Большинство этих отношений носит массовый характер (там же, стр. 32), причем „опыт" показывает проф. Д. Д. Гримму, что заинтересованные лица в однородных случаях имеют тенденцию придерживаться однородных приемов, начал и правил. Отсюда—стремление урегулировать эти отношения путем фиксации соответствующих правил и установления таким путем „известных абстрактных типов отношений". Мы видим здесь самостоятельную попытку применения взглядов Д. С. Милля к области права. Но эмпирия проф. Гримма в конечном счете дает тот же результат, что и эмпирия проф. Муромцева и Шершеневича: „юридическими нормами являются нормы, признанные обязательными со стороны подлежащих органов государственной власти" (курс, стр. 39).

Коркуновым в целях познания явлений права государственного. Если Коркунов и не принимает на себя при этом роли защитника каузальной методы в области государствоведения, то в своих исследованиях он фактически ею пользуется, применяя ее для решения основного в нашей науке вопроса—проблемы государственной власти.

Коркунов не желает создавать новой доктрины о том, кому должна принадлежать государственная власть; он пытается дать причинное объяснение явлений властвования. Не на вопрос о том, кто по праву должен властвовать, а на вопрос, почему люди подчиняются государственной власти, стремится дать ответ автор „Указа и Закона".

Ответа этого Коркунов ищет, однако, не в тех „законах", которые устанавливают социологи различных направлений. Оригинальность названного мыслителя выражается в том, что он еще в то время обратился к данным, составляющим предмет психологии.

Всякая власть представлялась ему некоей психической силой, каковой является, равным образом, и власть государственная. Если сила эта не поддается нашему непосредственному наблюдению, то мы можем распознать ее путем изучения и объяснения вызываемых ею явлений [1]). Коркунов проводит аналогию между государственной властью и силами природы—тяготением, светом, электричеством,—как причинами, производящими соответствующие явления естественной жизни. Государственная власть есть с его точки зрения, не что иное, как лишь „условное выражение для обозначения причины, производящей воздействие государства" [2]).

Дальше этих суждений в области проведения начала позитивизма и эмпиризма итти едва ли возможно. Государственная власть рассматривается как чистейший факт. Это не помешало, однако, нашему ученому извлечь из факта власти правовые выводы.

Анализируя явления властвования и подчинения Коркунов приходит к выводу, что „сила", вызывающая их к жизни, заключается в сознании подвластными своей зависимости от властвующего. Сущность государственного властвования состоит в сознании зависимости людей от государства [3]). Определив таким образом факт государственной власти Коркунов, подобно тому, что Муромцев и др. предпринимали в сфере устанавливаемых ими фактов человеческих отношений, стремится найти в нем некие правовые свойства. Он нашел, что „сила, состоящая в сознании зависимости", является

---

[1]) См. его Указ и закон, 1894 г., стр. 177.

[2]) Там же, стр. 178.

[3]) Там же, стр. 181, 191, 195. Русское государственное право, т. I, стр. 24.

правовым объектом, не волей, как ее традиционно характеризовали, но объектом воли[1]).

Из такой квалификации „силы властвования" вытекают, однако, весьма важные для государственной науки выводы.

Если государственная власть не есть право государства, а объект чьего то права, чьей то воли, то и право властвовать в государстве принадлежит носителям этой воли! Оно принадлежит, другими словами, тем людям, в сознании зависимости от которых находится вся остальная человеческая масса, на определенной территории живущая!

Коркунов прекрасно знал, что он имеет в виду, когда утверждал, что государство есть не лицо, не субъект, а юридическое отношение, субъектом которого являются граждане, а объектом—власть. Этим самым он легитимировал с точки зрения права существующих фактических властителей, по законам психологии воздействующих на других людей, держащих в своем повиновении подвластных. И совершенно напрасно принято в новейшей литературе приписывать Коркунову „методологическую ошибку", заключающуюся в том, что он от утверждения о власти, как сознании зависимости, сделал вывод относительно правовой природы государства[2]). Подобная „ошибка" свойственна каждому, кто стремится последовательно провести позитивно-эмпирическое воззрение на явления, находящиеся в правовой сфере. Самое существо его заключается в том, что, отрицая в принципе самостоятельность явлений из области должного, воззрение это вынуждено какой-либо из элементов сущего выделить, как основной, как должное, как правовое.

Упрек, делаемый Коркунову, может быть, поэтому, отнесен в равной мере к Иерингу и к Муромцеву, но также и к многим из тех, от кого он исходит.

Как видим, стремясь вывести правовое явление государственной власти из некоего психического закона, Коркунов пришел к тому, что за существующими властителями признал право на власть[3]). Но если теперь сопоставить его учение о государственной власти с учением Муромцева и др. позитивистов в праве, то получается весьма любопытная картина.

[1]) Указ и закон, стр. 195. По существу этой квалификации государственной власти см. правильное замечание В. М. Гессена (Словарь Волкова и Филиппова, т. II, вып. VI, стр. 533): „не представляется ли, однако, вполне безразличным, сказать ли, что воля осуществляет власть, или сказать, что властвует воля".

[2]) См. Кистяковский, Социальные науки и право, стр. 461; Котляревский, Власть и право, стр. 8; Ф. В. Тарановский, Учебник энциклопедии права, 1917 г., стр. 359; А. Рождественский, Теория субъективных публичных прав. т. I, 1913 г., стр. 60.

[3]) Не случайно, следовательно, теория эта связана с учением его о господстве закона в условиях российского самодержавного строя. За покойным профессором С.-Петербургского университета, несомненно, должна быть признана заслуга остроумнейшего стилизатора режима неограниченной монархии, съумевшего идею разделения властей

Позитивно-эмпирическое исследование существа права привело наших юристов к выводу, что явление это есть порождение государственной организации.

Исследователь существа государственной организации приходит к выводу, что государственная власть есть фактическая (психического порядка) сила.

Но отсюда вытекает нечто весьма неутешительное для права: право есть ничто иное, как существующая власть.

Может быть на этом выводе можно бы было и успокоиться, отказавшись раз навсегда от всяких теоретических поисков в области юриспруденции, отдав таковую целиком „на поток и разграбление" социологов, экономистов или психологов!

Однако, наши позитивисты эмпирики не делают такого вывода. Они поступают иначе. Установив, что „право есть существующая власть", они, может быть незаметно для самих себя, меняют места субъекта и предиката в этом предложении, в результате чего оно приобретает новое содержание: существующая власть становится правом.

Мы не знаем, законна ли такая перестановка подлежащего и сказуемого с точки зрения каузальной методы. Неправильность ее с точки зрения требований логики очевидна.

Но, как оказывается, позитивная метода в конечном итоге все же настолько ценит идею должного, что стремится ею укрепить устойчивость устанавливаемой по стихийным законам „власти", „организации", „защиты" и т. д. Тем самым, однако, направление это явно обнаруживает ложность исходного своего пункта.

К этой проблеме нам придется, впрочем, неоднократно возвращаться в дальнейшем. Пока нам важно было лишь выделить тот итог, к которому русская юридическая (позитивная) мысль пришла к началу XX столетия.

Два корифея русской теоретической юриспруденции—Муромцев и Коркунов,—как видим произвели весьма серьезную подготовку для развития эмпиризма в нашей науке. Первый из них представитель-

---

свести к идее совместности властвования и, таким образом, уложить российское самодержавие в схему теорий о господстве закона (Указ и закон, стр. 214 и сл).

По выходе в свет „Указа и Закона" теория о власти, в этой книге изложенная, подверглась критике на страницах журналов того времени. Весьма меткий характер носят замечания М. А. Дьяконова (Журн. Мин. Нар. Просв., 1894 г., сент., стр. 196), который выражает сомнения в возможности существования единого сознания зависимости у подчиненных людей, занимающих различное общественное положение, имеющих разное умственное развитие, неодинаковые религиозные воззрения. „Или перед властью, как перед Богом, индивидуальные различия стираются?". См. также возражения В. И. Сергеевича, напечат. в Журн. Мин. Юст., ноябрь, 1894 г. Интересны замечания А. С. Алексеева (К учению об юридической природе государства и государственной власти „Русская Мысль", 1894 г., ноябрь и отд. изд.). Н. М. Коркунов отвечал своим критикам в „Журн. Мин. Юст.", 1895 г. февраль.

ствовал этот метод в области права гражданского, другой—в праве государственном. Один опирался в своих исследованиях на данные социологии, другой—на данные психологии. От них ведут свое начало и новейшие направления в русской юридической и—в частности—государственно-правовой—науке.

Развитие последней не обособлено, конечно, и от влияния соответствующих течений в западной литературе о государстве, как, впрочем, и сами названные юристы не были совершенно самостоятельны и независимы в своих суждениях от влияния теорий, создававшихся на Западе. Если, в частности, Муромцев находился под определенным обаянием идей Иеринга, то реализм Коркунова имеет много общих точек соприкосновения с реализмом Зейделя, Линга, Гумпловича, Борнгака [1]).

Большинство из этих писателей пользовались, однако, эмпирическим методом в стремлении упростить проблему государственной власти ради достижения определенных юридико-политических результатов. Метод сам по себе не имел для них большого значения. Стилизация явлений государственной жизни по началу монархического принципа, выраженного в постановлении II титула § 1 Баварской конституции, определенно чувствуется в трудах Зейделя. А Борнгак прямо заявляет, что теоретические его воззрения обусловлены характером прусского положительного права [2]). Не столь узкий, как названные юристы,

---

[1]) Учения этих писателей столь многократно излагались в наших учебниках и монографиях по государственному праву, вся наивность реализма, представленного в трудах названных юристов, является в настоящее время фактом настолько общепризнанным, что всякое новое его доказательство представляется нам излишним. Нельзя, однако, не отметить, что эмпирический метод, проводимый упомянутыми писателями с большою простотой и прямолинейностью, именно в их трудах и обнаруживает с полною ясностью свою способность приводить исследователей к результатам, стоящим на границе с абсурдом. Так, Гумплович (Общее учение о государстве, русск. пер. Неровецкого, 1910, стр. 262 и сл. 38, 138, его же Das Osterreichische Staatsrecht, 1902, §§1—3; Grundriss der Sociologie, 180) эмпирическим путем приходит к выводу, что единая, суверенная, воля государства есть воля того, кто фактически господствует, или воля господствующего круга. Линг (Empirische Untersuchungen zur Allgemeinen Staatslehre, 1890, 5, 6 и ff), продолжая мысль Гумпловича, доходит до утверждения, что в Швейцарском союзе таковым властителем является президент. По Зейделю (Bayerisches Staatsrecht, 1 bearb. von R. Piloty, 1913, S. 78) властитель и государство относятся друг к другу как субъект и объект. Bornhak (Allgem. Staatslehre, 1 Aufl., 1896; 2 Aufl. — 1909., S. 8; 9, 13 и ff.) считает, что государство и властитель суть понятия однозначущие. Эмпирический метод приводит, таким образом, к утверждениям, которые как раз находятся в явном противоречии тому, что мы наблюдаем в действительности. Никто иной как Коркунов весьма убедительно доказал неправильность эмпирического представления о государственной власти как единой воле. И на самом деле, весьма трудно представить себе наличность в стране такой отделенной от остального населения группы людей, воли которых представляли бы собой в реальности нечто совершенно единое.

[2]) C. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, I, 1888, S. 63, anm. 1.

социолог Гумплович также одушевлен, однако, идеей всепокоряющего значения фактической силы [1]).

Соответственно этому, указанная группа немецких эмпирических теорий не имеет той объективной внешности, какая свойственна русским реалистическим учениям [2]). Борнгак смело идет „эмпирическим" путем к заранее намеченному выводу о том, что существует лишь „княжеская власть и княжеское право" [3]). Коркунов сохраняет, наоборот, до конца внешнюю объективность исследования, но эмпирический характер последнего по существу своему не может не содержать в себе предположения о подчинении правового фактическому, о принадлежности права на власть тем, кому фактически таковая принадлежит.

Тот же характер сохранил русский эмпиризм и у других наших юристов.

„Чтобы уяснить сущность государственной власти", пишет проф. В. В. Ивановский, „нам нужно из области общих понятий подойти к самой жизни и рассмотреть вопрос о том, каким образом государственная власть реализуется, каким образом в действительной жизни она облекается в внешние формы" [4]). Этот путь познания государственной власти продиктован, повидимому, В. В. Ивановскому, его воззрениями на методологию науки, верою в то, что „свойства явлений скрыты в них самих и что разум должен их лишь раскрывать, но не созидать" [5]). Отсюда вытекает и его взглядъ на задачу науки о государстве, которая, по мнению упомянутого автора, преследует те же цели, „какие преследуют все другие науки, изучающие те или иные явления природы, т. е. раскрытие познаваемой природы явлений и закономерность их существования" [6]). В. В. Ивановский относится поэтому, крайне отрицательно к юридическому методу, господствующему в современном государствоведении. Вслед за Муромцевым он повторяет, что юриспруденция—не наука, а лишь искусство, с помощью которого „стремятся приспособить право к возможно лучшему регулированию человеческих отношений" [7]).

[1]) Если „эмпирические исследования" Линга проникнуты иным настроением, то писатель этот совершенно запутался в самопротиворечиях. Непримиримый враг теорий органической школы, он неожиданно соглашается с Гирке в вопросе об отношении между властью и правом (н. с. 27).

[2]) В немецкой литературе близки в этом отношении к Коркунову: E. Löning („Staat" в Handbuch der Staatswissenschaften Conrad'a, t. VI, 1911), которому государство представляется „реальным юридическим отношением"; Аффольтер (Основные черты общего госуд. права, русск. пер. В. Ивановского, 1895. 21). Ср. Herzfelder, Gewalt und Recht, 1890, 120 u. ff.

[3]) Staatsrecht. I, 64—65.

[4]) Учебник государственного права, изд. 4, 1913, стр. 76.

[5]) Там-же, стр. 59.

[6]) Там-же, стр. 6.

[7]) Там-же, стр. 48.

Словом, г. Ивановский провозглашает себя сторонником строго позитивного метода, почему и стремится для уяснения сущности государственной власти „подойти к самой жизни". Но что же дает этот подход названному автору?.

В цитированном выше учебнике В. В. Ивановский приходит к выводу, что организация государственной власти „является результатом естественных сил" [1]). „Государственная власть сосредоточивается в руках или одного лица, или в руках нескольких лиц, или она выражается (?) в особой форме представительства, или, как говорят, она принадлежит народу" [2]). В зависимости от этих результатов действия естественных сил различают и то, что называется формами правления. Общим же признаком государственной власти остается верховный ее характер—суверенитет [3]).

Подобно Гумпловичу, Ивановский считает, таким образом, что естественные силы создают единое верховенство, суверенитет [4]). Вместе с тем, однако, проф. Ивановский не мог избежать и вывода о том, что все действующее в государстве право является порождением власти, вследствие различных сцеплений естественных сил возникшей [5]).

---

[1]) Там-же, стр. 87. Отголоски этой теории встречаются и у А. И. Елистратова: Государственное право, 1912 г., стр. 5 и сл.

[2]) стр. 77.

[3]) Там-же, стр. 74.

[4]) В позднейшем своем исследовании (О государстве, власти и праве с социолого-психологической точки зрения, Журн. Мин. Юстиц., март—апрель 1916 г.) проф. Ивановский подробно развивает свою точку зрения, несколько видоизменяя ее в сторону воззрений Коркунова и Петражицкого. Впрочем, В. В. Ивановский и здесь не достигает совершенной ясности и самостоятельности в изложении своих воззрений. „Государство, государственная власть и право", говорит он, „суть явления социальные и находящиеся между собою в тесной связи; как явления социальные, все они имеют психологическую природу"...„Все эти явления происходят, однако, в условиях физической природы и материальной среды, лежащих вне психической сферы человека" (стр. 27, март). В силу этого изучение указанных явлений должно быть, как думает названный автор, „социолого-психологическим".

[5]) Учебник, стр. 63. В статье „Государство, власть и право" г. Ивановский определяет право следующим образом: „под именем объективной нормы следует разуметь положение или правило, как результат психики, действующей вне того индивида, который это правило воспринимает и обязан согласовать с ним свое поведение" (стр. 37, март). Следовательно, право есть результат психической деятельности того, кто мне его предписывает. Это, конечно, чистейшая теория силы, лишь несколько странно формулированная. Говоря, ближайшим образом, о праве государственном, проф. Ивановский уже без мудрствований заявляет, что оно устанавливается „носителем государственной власти" (там-же, стр. 44)... И далее: название „государственная норма—означает не то, что она создается государством, но лишь то, что она создается в государстве носителем государственной власти".

Почему же, однако, теория эта оперирует все время терминами теорий психологических? Разве умерший 100 лет назад носитель власти, оставивший после себя мне

К того же типа воззрениям относятся и взгляды на государство и государственную власть проф. Г. Ф. Шершеневича.

Откуда—власть? спрашивает проф. Шершеневич. „Где причина такого соотношения воли разных лиц?“ [1]) Обращаясь первоначально „к самым элементарным фактам“ (как и надлежит эмпирику), именно—к семейной жизни; к „физически слабой жене“ и ее отношению к мужу, „к двум компаньонам“, совместно ведущим коммерческое дело, проф. Шершеневич считает эмпирически доказанным, что власть человека над человеком покоится на эгоистических чувствах страха и веры [2]). Пусть бы так, но автор наш в этих фактах усматривает и природу государственной власти, считая, что таким путем устанавливается ее социологическое существо. Шершеневича не смущают некоторые особенности государственной власти, — в частности — территориальный ее характер [3]). Очевидно, „страх и вера“ также имеют в этом случае территориальные признаки! Не смущает автора и отмечаемое им самим другое правовое свойство власти,—ее самостоятельность. Очевидно, страх и вера также могут быть (юридически?) самостоятельными или несамостоятельными.

Считая, таким образом, что государственная власть есть голый факт, Шершеневич отвергает возможность познания ее в юридических категориях. „Государство есть источник права, и потому определение его в категории права логически недопустимо“ [4]). Понятие государства, по его мнению, только одно — социологическое.

Но Шершеневич идет дальше: он считает необходимым „сократить слишком широко разросшуюся область правовых представлений, потому что в действительности область права уже, нежели обыкновенно думают“ [5]). Там, где нет угрозы, там нет, по мнению проф. Шершеневича, и права. Производя это сокращение, он, подобно Гумпловичу, отказывает конституционному, церковному и международному праву в имени права [6]).

Правовой нигилизм, вообще юридическому эмпиризму свойственный, достигает в суждениях, высказываемых составителем столь боль-

---

для исполнения закон все еще продолжает воздействовать на меня психически? Оказывается, новый властитель воспринял идеи прежнего и продолжает как бы по наследству воздействовать на мою психику! Но проф. Ивановский чувствует всю странность этого объяснения и потому неожиданно, уже забыв о своем реализме, эмпиризме, психологизме, социологизме заявляет, что „структура государственной власти рано или поздно становится непрерывной“ (стр. 45).

[1]) Общая теория права, вып. I, стр. 206 и сл.

[2]) Там-же, стр. 207.

[3]) стр. 208.

[4]) Общая теория права, вып. I, стр. 212, 308.

[5]) стр. 297—298.

[6]) стр. 299—300.

шого числа учебников по разным правовым дисциплинам, высшей точки своего развития.

Государственная власть — этот „творец всего права" — есть, по Шершеневичу, власть вполне произвольная, ограничиваемая лишь нравственностью правящих и способностью сопротивления подвластных; она есть власть, весьма близкая к власти шайки разбойников [1]). „Что в самом деле, представляют собою все эти Аттиллы, Аларихи, Клодвиги, не исключая и Вильгельма Завоевателя, как не крупных завоевателей", вопрошает проф. Шершеневич. „Утвердившись разбойнически, одним насилием (здесь автор наш забыл, что по его теории всякая власть основана на насилии, но непонятно, зачем в таком случае проводить какое-то различие между государством и разбойнической шайкой?), они поняли, что в их личном интересе необходимо считаться с интересами подвластных, утвердить возможность спокойного сожительства и некоторые из них сумели установить порядок, построенный на нормах".

Таковы откровенно нигилистические итоги русской позитивно-юридической мысли, обозначившиеся в результате постепенного ее развития от Сергеевича, через Муромцева, к Коркунову и Шершеневичу,—итоги, общественное значение которых, к сожалению, никем еще не учитывалось, но наверное еще будет учтено историком русских политических настроений нашего времени.

Дальнейшее развитие русской доктрины о государстве проходит, однако, в несколько иных рамках, будучи тесно связано с именем немецкого государствоведа Георга Иеллинека.

§ 4.

„Общее социальное учение о государстве" Георга Иеллинека и его отражение в русской науке.

Сильное движение науки о государстве в сторону эмпиризма, попытки социологов различных школ вместить проблемы государственного права в свои схемы [2]), появление и развитие юридической науки о государстве, методологический синкретизм, отличавший нашу науку в предшествовавший период ее существования, связанный с именами Р. ф. Моля, Блунчли и др.—все это настоятельно требовало поста-

[1]) Общая теория права, стр. 312.

[2]) Рассмотрение социологической литературы, в той или иной мере касающейся вопросов государства и права, завело бы нас слишком далеко, ибо каждая социологическая теория дает свой ответ на эти вопросы. Едва ли, впрочем, включение в нашу работу упомянутого материала способствовало бы выяснению занимающих нас проблем: типичные формы приложения методов, разрабатываемых в социологической литературе, к явлению государственной власти нами, ведь, рассматриваются.

новки проблемы метода исследования явления государства во всей ее широте. Без энергического вмешательства методологической критики наука о государстве не могла рассчитывать на хоть сколько-нибудь правильный рост. Но вся острота методологического заболевания нашей науки сказывалась к концу XIX века именно в кругу тех вопросов, где юристы сталкивались с социологами, где метод формальных определений и классификации конкурировал с методом описания или объяснения по началу причинной зависимости. Задача изыскать правильный метод познания явлений государственной жизни и была сведена, таким образом, в плоскость споров между указанными научными стремлениями. Разрешить основную методологическую проблему государствоведения именно в этой плоскости и попытался в своем главном систематическом труде Георг Иеллинек.

Основная идея произведенной Иеллинеком реформы науки о государстве заключается в разделении ее на „две главные области, соответственно двум точкам зрения, с которых государство может быть рассматриваемо". Государство есть, во 1-х, социальное явление, а во 2-х—правовой институт. Соответственно этому наука о государстве распадается на социальное учение о государстве и учение о государственном праве. Общее учение о государстве, в частности, состоит таким образом из двух отделов: общего социального учения о государстве и общего учения о государственном праве [1]).

На чем же основывается это разделение науки на две области? Иеллинек подчеркивает, что основание для него заключено единственно в различии точек зрения, в различии господствующих в обоих областях методов, но никак не в представлении о двух особых существующих во вне реальностях, ибо в действительности государство как социальное явление и государство как правовой институт друг от друга неотделимы. Вслед за этим возникает, однако, второй вопрос. Исследование одного и того же явления с двух различных точек зрения грозит привести к взаимно один другого исключающим результатам. Каким же в таком случае образом из двух частей—социального учения о государстве и учения о государственном праве—может составиться одна общая наука—учение о государстве? Сможем ли мы при таких условиях получить общее и единое понятие о государстве?

Иеллинек не обходит этого вопроса, но дает на него совершенно определенный ответ. „В научном изложении учения о государстве", говорит он, „юридическое не должно быть смешиваемо с тем, что предшествует праву"... „Если учение о государственном праве и изолирует юридическую сторону государства, чтобы достичь полного ее познания, оно должно исходить из принципов, вытекаю-

[1]) Общее учение о государстве, русск. пер. С. И. Гессена, 2 изд., стр. 8—9.

щих из всестороннего изучения государства“ [1]). Только основав наши исследования на прочном фундаменте, даваемом нам социальным учением о государстве, мы можем избегнуть, по мнению Иеллинека, тех превратных и односторонних результатов, к которым неминуемо нас приводит дедуктивный характер юридических исследований с их нередко уже a priori данными догматическими выводами.

Таким образом, то, что Иеллинек называет учением о государственном праве, ставится в подчиненное положение социальному учению о государстве. И действительно, подходя ближе к формулировке правового понятия о государстве, он ограничивает свою задачу тем, что к установленному им понятию о государстве, как социальном явлении, прилагает одну из основных юридических категорий [2]).

Как видим, произведенное знаменитым государствоведом разделение двух областей учения о государстве совершенно не к выгоде учения о государственном праве. В основе этого разделения лежит „a priori данная“ идея о подчинении права факту. Операцией по части „изолирования юридической стороны государства“ достигается, следовательно, лишь то, что определение понятия о „невозможном без права“ (стр. 9) государстве создается так, как будто последнее было совершенно возможным без права, а затем уже к установленному этим путем понятию приспосабливается юридическая его квалификация.

Итак, право мыслится Иеллинеком как нечто, подчиненное факту. Право „всегда должно исходить из реальных фактов“, факт имеет свою нормативную силу [3]). Наши правовые понятия суть лишь абстракции, выводимые из данных юридических правил и имеющие целью систематизировать всю совокупность этих правил с какой-либо единой точки зрения [4]). Право сводится, таким образом, лишь к действующим правилам, т. е. опять таки к реальным фактам [5]).

Приступая к определению социального понятия о государстве Иеллинек стремится, прежде всего, к отысканию „конечных объективных составных элементов государства“ [6]). Таковыми являются, по его мнению, „отношения воль властвующих и подвластных“, при чем в содержании этих отношений (хотя здесь отыскиваются и объектив-

[1]) Общее учение о государстве, стр. 9—10.

[2]) Общее учение о государстве, стр. 132. Иеллинек говорит здесь, что юридическое понятие „должно примкнуть“ к социальному.

[3]) Общее учение о государстве, стр. 117. О нормативной силе фактического см. стр. 247 и сл.

[4]) Ubi supra.

[5]) „Необходимым признаком всякого права является то, что оно есть право действующее“ (стр. 244).

[6]) Общее учение о государстве, стр. 128.

ные элементы, т. е., следовательно, речь идет не о точке зрения, а об явлении „существующем во времени, а по общему правилу и в пространстве“) право мыслится как бы отсутствующим. Но, установив путем, очевидно, эмпирического наблюдения эти конечные элементы, Иеллинек не желает изучать их по началу причинной зависимости. Вместо этого он немедленно вступает на путь телеологии, заявляя о своем намерении лишь систематизировать указанные элементы по принципу цели [1]). Государство и относится им к категории единств, созданных в нашем сознании по началу цели. Одним из видов телеологических единств являются человеческие союзы, к числу которых принадлежит государство. Последнее определяется, таким образом, как союзное единство, которое наделяется, уже чисто конструктивным способом, свойством верховного, или, точнее, первичного и господствующего, властвования.

Но эту первичную и господствующую власть государство обрело у Иеллинека будучи рассматриваемо лишь как социальное явление, т. е., что то же,—в изолированном от права виде. Отсюда—возможность противопоставления государственной власти праву, знаменитая проблема о связанности государства правом. В этом вопросе Иеллинек является, правда, умереннейшим среди всех тех, которые когда-либо выводили право из факта. Он признает связанность государства правом, обосновывая таковую на идее самоограничения государственной власти. Путем самообязывания государство подчиняет себя праву [2]). Но это не изменяет в основном и главном того отношения между фактом и правом, которое устанавливается Г. Иеллинеком. У него, как у всех других, стремящихся исследовать правовые явления позитивными методами, право связывается с одним из фактов, при чем для этой цели избирается Иеллинеком факт устойчивости, „гарантированности“ известных состояний [3]). Но Иеллинек, в отличие от других, отдает себе во всем этом полный отчет. Он обосновывает право на факте, выдвигая учение о нормативной силе фактического. „Превращение власти государства, первоначально повсюду фактической, в правовую всегда обусловливалось тем, что присоединялось убеждение о

---

[1]) При этом и понятие цели не выражено у Иеллинека с полной точностью. Он говорит о цели с одной стороны, как о принципе систематизации: . . . „въ основу каждого единства должен быть положен какой-либо объединяющий принцип“, пишет он, после чего устанавливает понятие о пространственных, временных и телеологических единствах. Наряду с этим Иеллинек говорит о цели и как о „длящейся общей цели“, которою связаны члены целого, представляющегося нам единством (см. стр. 128—129). Здесь, очевидно, имеется в виду цель в эмпирическом смысле. Срв. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 193.

[2]) См. особенно Jellinek. Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, S. 14 и сл. Общее учение о государстве, стр. 270 и сл. System, S. 10., Gesetz u. Verordnung, 1887, 196.

[3]) Там-же, стр. 244.

нормативном характере этого фактического элемента, что должно быть так, как есть [1]).

Учение о праве и государстве Иеллинека, конечно, значительно отличается от того, что мы видели у Гумпловича, Зейделя, Шершеневича и др. эмпириков юриспруденции. Но различие это проходит на самом деле далеко не там, где его обычно усматривают. Обыкновенно изображают Иеллинека главою „идеалистической" школы, противопоставляя ей, как направлению, пропитанному фикциями и абстракциями, „реалистическое" учение, чуждое этих увлечений [2]). Что касается до юридической метафизики, которою действительно изобилуют труды Иеллинека и его школы, то об этом речь у нас будет впоследствии. Оставляя юридико-конструктивную сторону работ Иеллинека пока в стороне, мы не можем не протестовать против отнесения рассматриваемого писателя к идеалистическому направлению.

Различие воззрений Иеллинека на право и государство от учений упомянутых выше писателей проходит не в плоскости различия „идеализма" от „реализма". Реализм в установлении существа права свойственен доктрине покойного гейдельбергского профессора не в меньшей мере, чем тому же Гумпловичу или Шершеневичу. Различие это покоится на самом деле на различии задач, которые ставятся в том и другом случае позитивно-реалистическому исследованию.

В одном случае (у Гумпловича и др.) позитивно-реалистическое исследование имеет в виду установить известную причинную зависимость между определенными фактами, при чем задача эта не соразмеряется заранее с тем, какие последствия могут отсюда вытечь для права. Последние для исследователя более или менее безразличны. Иной характер носят исследования Иеллинека. Весь его „реализм", всё его „социальное учение о государстве" специально устремлены на то, чтобы, приняв за исходный пункт факты, именно на этой почве обосновать право.

Из различия этих задач вытекают и различные результаты, для юридической науки существенно важные. В одном случае над всем исследованием господствует дух правового нигилизма, при чем последний как бы заранее предусматривается, в другом—таковой заранее исключается. При всем том, однако, оба течения объединяются в признании и принятии в расчет одного лишь действующего, положительного права. Настроенные одинаково враждебно к праву естественному, праву правильному, праву эволюционному и т. д. они признают за право лишь действующие и

[1]) Там-же, стр. 251.

[2]) См., напр., А. А. Жилин, Учебник государственного права, 1916 г., стр. 49. К. Н. Соколов в прим., помещенн. в 7-ом издании Русского Госуд. Права Н. М. Коркунова, т. I. стр. 50, выноска 1.

при этом лишь „гарантированные", или „защищенные судом" и пр. нормы. Но и в отношении указанных научных течений к действующему праву можно заметить весьма существенные оттенки различия. Одно—не в состоянии действующего права отрицать, другое—стремится его обосновать. Одно, не отрицая значения действующего права, ценит, однако, в общей цепи причинной связанности не его, как таковое, а какую-либо иную силу (фактическую победу какого-либо класса в социальной борьбе, фактическое господство des „Herrschers Preussens" и т. д.), тогда как Иеллинек и его школа ценит действующее право, известную устойчивость государственного порядка, факт „гарантированности" известных интересов и т. д. От идеи оценки фактов не может во всяком случае освободиться ни одна из доктрин, сколь бы „реалистично" или „эмпирично" не была она построена. Но чем грубее эмпирические приемы исследования, чем наивнее реализм, тем примитивнее те факты, с которыми связывает данное мировоззрение нормативную силу.

Методологическая система Иеллинека не может быть, разумеется, рассматриваема изолированно, вне связи с определенным общественно-правовым течением. Само учение это, несомненно, имеет свои корни в позитивно-юридических воззрениях Иеринга, который выполнил по отношению к частному праву задачу, осуществленную впоследствии Иеллинеком в отношении к праву публичному. Иеринг также, как позднее Иеллинек, поставил своей целью обоснование права из факта, хотя обоснование это проводилось ими различно. И у Иеринга право вытекает из самоограничения власти [1]), но самоограничение это понимается им как самоограничение во имя собственного интереса властвующего, тогда как у Иеллинека оно носит скорее нравственный характер [2]). Во всяком случае оба названных знаменитых юриста представляют в общем одно мировоззрение, мировоззрение, центр тяжести которого заключается в „защите" или „гарантии"

[1]) Der Zweck im Recht, I, 250.

[2]) „Was bestimmte den Mächtigen, bevor der Gegner als Sklave zu seinen Füssen lag, das Schwert in die Scheide zu stecken und ihm billige Bedingungen zu gewähren? Die Menschlichkeit? Es ist dieselbe Menschlichkeit, die ihn vermochte, den unterworfenen Feind am Leben zu lassen, d. h. sein eigenes Interesse (Jehring, Der Zweck im Recht, I, 248). Срв. Jellinek. Die rechtliche Natur der Staatenverträge, S. 15. Его же, Die socialistische Bedeutung des Rechts, Unrechts und Strafe, 1878, S. 42. Ответом Иерингу является книга F. Dahn, Die Vernunft im Recht, 1879, passim. По его мнению, право возникло не через „октроирование", но, как и семья (??), язык, мораль, искусство, религия, знание, „durch gemeinsame Anlage, Bedürfnisse, Erfahrung, Vererbung (?)" (стр. 44). Различие воззрений Иеринга и Иеллинека обусловливается также различием утилитаризма, воодушевлявшего первого, от позитивного кантианства, на которое опирается второй. Об этом, впрочем, речь ниже. О Гумпловиче см. интересные замечания у П. Б. Струве, Patriotica, 1911, 612 сл.

действующим правом частного интереса, мировоззрение, возводящее в норму существующее, действующее право. И нужно сказать, что из предпосылок, формулированных в социальном учении о государстве Г. Иеллинека и еще раньше у Иеринга, исходит, в сущности, за редкими исключениями, вся современная юриспруденция [1]). Ее культ—действующее и только действующее право. Иного критерия для оценки окружающей действительности с правовой точки зрения кроме того, что дается законом, она не признает. Верховным, всеподчиняющим началом новейшей юриспруденции служил и служит принцип верховенства формального закона. В основе каждой почти юридической монографии, каждого курса и учебника лежат, поэтому, в качестве общего предположения, идеи названных корифеев немецкой правовой мысли о нормативной силе фактического, о том, что право имеет своим источником факт, что оно вытекает из того или иного самоограничения властвующего. Это предположение составляет общий социологический или реалистический фундамент всей современной юриспруденции, на основе которого ею и возводятся более и менее субтильные постройки из абстрактных понятий [2]).

Отмеченная общая научная тенденция не могла пройти мимо и молодой еще русской юридической литературы. За начальный пункт этого движения в России следует признать работу В. М. Гессена о правовом государстве [3]). Впервые в русской литературе здесь выдвигается проблема связанности государства правом. „Два одинаково бесспорных положения", спрашивает В. М. Гессен: „государство творит право" и „государство является правовым субъектом" находятся, повидимому, в непримиримом противоречии друг с другом? [4]). Автор соглашается с Г. Иеллинеком в том, что государство „связано" правом, но он отвергает, однако, положение о связанности законодателя изданным им законом. По мнению В. М. Гессена, который, стремясь установить технически-юридическое понятие о право-

[1]) Новейшая попытка развития идей Иеллинека о нормативной силе фактического представлена J. Hatschek'ом, Jarbuch des öffentlichen Rechts, 1909, 34 u. ff.

[2]) Теоретическое выражение общей тенденции см. у Bergbohm'a, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, B. I, 1892, S. 80; A. Merkel, Juristisch. Enzycl. § 60; Регельсбергер, Общее учение о праве, русск. пер. под ред. Гамбарова, § 1. Обращает на себя внимание формулировка A. Haenel'я (Deutsches Staatsrecht, I, 1892, S 116): „das Recht ist die dem Staate notwendige Erscheinungsweise".

[3]) В сборнике „Политический строй соврем. государств", т. I, 1905 г., стр. 117 и сл. Ср. его-же: Основы конституционного права, 1917 г., стр. 27 и сл. На значение названной статьи В. М. Гессена см. указания С. А. Котляревского, на диспуте в Московском университете „Право", 1917 г., № 1.

[4]) Теория правового государства, стр. 133 и сл.; Основы конституционного права, стр. 27 и сл. На-ряду с трудами В. М. Гессена имели значение и работы А. С. Алексеева (см. напр., соч., указ. выше), особенно, Ф. Ф. Кокошкина (К вопросу о юридич. природе государства. Ученые записки Московск. Универс. 1896, вып. XIII).

вом государстве, значительно суживает принципиальную постановку вопроса, данную Иеллинеком, „не государство вообще", а „действующее, управляющее" государство связано своим правом. Не в области законодательства, а лишь—администрации и суда находит таким образом В. М. Гессен правовую связанность государства [1]).

Вслед за проф. В. М. Гессеном и Ф. Ф. Кокошкиным, примкнувшим позднее в этом вопросе в общем к течению, представленному в немецкой литературе Бирлингом, та-же проблема ставится и проф. Н. И. Палиенко, который, впрочем, пытается разрешить ее в понятиях психологической теории права, не проводя и ее хоть сколько нибудь определенно [2]). Наконец, в последнее время проблема об отношении власти и права поставлена в новейших, упомянутых выше, трудах Б. А. Кистяковского и С. А. Котляревского, к учениям которых мы и должны сейчас приступить.

Б. А. Кистяковский, следующий в главном за Иеллинеком, не дает собственной теории о сущности государственной власти, ограничивая свою задачу изысканиями чисто методологического свойства. Как и Иеллинеку, государственная власть представляется Кистяковскому в виде „самостоятельной и первичной, т.-е. ни от кого не заимствованной" властью [3]). Вслед за Иеллинеком Б. А. Кистяковский производит разграничение методов исследования явлений государственной жизни. Не отрицая значения догматической юриспруденции, как „вполне определенного вида научного знания о правовых явлениях, соответствующего той цели, которую она преследует", Б. А. Кистяковский сетует на то, что методы догматической юриспруденции, в силу ее большей развитости по сравнению с другими отделами правоведения, часто принимают за методы научного познания права вообще [4]). Нельзя, впрочем, не отметить, что между Г. Иеллинеком и Б. А. Кистяковским обозначились и некоторые, довольно существенные, в вопросах методологии различия. Если Иеллинек выдвинул возможность лишь двух точек зрения на государство

[1]) В более ранней своей работе—Возрождение естественного права, 1902 г. В. М. Гессен, высказывал иные воззрения на право и его отношение к государству. В названной статье В. М. Гессен полемизирует с Бергбомом и др. позитивистами. Ср. его „Об одной книге", Право, 1916, № 51—52, стр. 2813 сл.

[2]) „Мы полагаем, пишет проф. Палиенко, что нормы, законы, которые устанавливаются государством... являются внешними императивными нормами также и для него самого, потому что обязательность их для государства зиждется не на государственной лишь власти, но обусловливается тем психологическим фактором, который в огромной мере обусловливает и самую силу государства, его власть,—признанием со стороны подвластных" (Н. И. Палиенко, Учение о существе права и правовой связанности государства, 1908 г., стр. 337). Теория безвременно умершего Ф. Ф. Кокошкина была рассмотрена нами прежде. См. нашу статью в „Праве", 1915 г., № 42, стр. 5652 и сл.

[3]) Цит. выше соч., стр. 412.

[4]) Там-же, стр. 422. Эта мысль повторяется автором в названной книге десятки раз.

—социологическую и юридическую,—при чем вторую всецело подчинил первой, то Б. А. Кистяковский наметил четыре точки зрения для исследования явления права, при чем установил между ними не подчиненное, но соподчиненное положение. По его мнению, может существовать одновременно четыре теоретических понятия о праве: государственно-организационное („право есть то, что государство приказывает считать правом"), социологическое, психологическое и нормативное[1]). Разумеется, перед ним немедленно же возникает задача научного синтеза этих четырех понятий о праве, при чем здесь то и обнаруживаются все последствия этого плюрализма. Не пытаясь создать при посредстве всех своих четырех точек зрения единого понятия о праве, но сознавая необходимость такового, г. Кистяковский ограничивается лишь тем, что указывает путь синтетического познания права. Но путь этот представляется все же мало определенным. Проф. Кистяковский рекомендует исследователям права, стоящим на каждой из упомянутых четырех дорогах, учитывать связь изучаемой ими стороны права со всеми другими его сторонами [2]).

Не знаем, что может из этого получиться, но пока нельзя не отметить, что в общем из лабиринта методологических путей, начертанных упомянутым исследователем, трудно куда-нибудь выйти. Допущение „государственно-организационной" точки зрения, предполагающей приоритет государства над правом, говорит о подчинении права факту. „Нормативная" точка зрения приводит к иным выводам. На-ряду с этим названный автор развивает мысль о том, что „всякая власть должна быть носительницей какой-нибудь идеи, она должна иметь нравственное оправдание" [3]) и что „над властью все более приобретает господство правовая идея, идея должного" [4]). Здесь Кистяковский неожиданно сходит с пути методологических исследований, впадая в совершенно некритический исторический эмпиризм. В понимании права Кистяковский стоит, впрочем, вообще на чисто эмпирической почве. Говоря о „реальности права" он имеет в виду реальность „в самом обыденном эмпирическом смысле" [5]), при чем в дальнейшем упоминает даже о „вещеподобности" права [6]). Желая же наметить эту реальность, он помещает ее „приблизительно по середине

[1]) Цит. выше соч., стр. 321 и сл.

[2]) См. стр. 332. В другом месте того же исследования Б. А. Кистяковский рекомендует строить науку о праве на „философии культуры" (стр. 384) и, ближайшим образом, в рамках того ее направления, которое представлено В. Виндельбандом, Г. Риккертом и др. (стр. 388). Мысль об ориентировании теории права на философии культуры, „на всей совокупности гуманитарных наук", не тождественна, несомненно, с идеей плюрализма, изложенной несколько выше.

[3]) Стр. 478.

[4]) Стр. 479.

[5]) Стр. 333.

[6]) Стр. 335.

между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведений литературы и музыки—с другой". Этим странным определением имеется в виду оттенить мысль, что „при своем объективировании произведения человеческого духа всегда получают то или иное материальное воплощение" [1]), но в одних культурных благах (куда относится скульптура и живопись) материальные элементы составляют существенную часть, ибо каждое произведение упомянутых видов искусства есть всегда в то же время и физическая вещь, тогда как в других (литература, музыка) физические элементы играют меньшую роль. В чем, однако, заключаются материальные элементы права? Г. Кистяковский упоминает вскользь о „субстанциальных элементах общественной организации", что, конечно, не выясняет ничего по части физической структуры права [2]). Вместо выяснения этого он указывает еще на возможность ориентироваться в вопросе о реальности права на том, как решают проблему реальности для своей области в естествознании, т. е.—конструкцией особой реальности путем установления необходимых соотношений между явлениями. Но здесь Б. А. Кистяковский имеет в виду уже устранение „материальной субстанции", —замену ее гипотезой энергетизма [3]).

Мы видим, таким образом, что учение Кистяковского о праве носит вполне реалистический характер, хотя названный автор наряду с этим признает и защищает принцип долженствования как в области научного познания, так и в этике [4]): „нравственный принцип" пишет наш автор, „по самому смыслу своему неизменен и безусловен". Отсюда, однако, вытекает, что Кистяковским принято предположение о существовании одного только действующего права: лишь руководствуясь этой идеей г. Кистяковский может соединять в своем мировоззрении реалистический взгляд на право с метафизическим—на нравственность. Во всяком случае Кистяковского занимает лишь проблема действующего права; только его пытается названный ученый обосновать.

В общем при всех интересных намеках г. Кистяковского, его плюралистко-реалистическая система не прибавила в области обоснования и определения существа права ничего к тому, что было сделано Иеллинеком. Оригинальные попытки Б. А. Кистяковского, направленные на то, чтобы, приняв точку зрения реализма, обосновать на ней право, пока еще не дали результатов.

Несравненно более определенный характер носят построения С. А. Котляревского.

---

[1]) См. стр. 335—336.

[2]) Здесь г. Кистяковский уже серьезно расходится с Иеллинеком, для которого явления государства и права не субстанции, но всегда функции (Общее учение о государстве, стр. 127).

[3]) Стр. 337.

[4]) Стр. 236, 245 и сл.

И он, как было уже сказано прежде, не отрицает значения юридического метода, хотя и придает ему лишь условное научное значение. С. А. Котляревского интересует „не власть, как система юридических норм, на коих держатся и по коим действуют государственные учреждения", а власть, как обозначение своеобразных переживаний" [1]). Познание явления власти в этом последнем смысле имеет, как думает упомянутый ученый, решающее значение: если бы не существовало соответственных психических переживаний, то не было бы и мотивов создавать систему юридических норм.

Мы уже видим, что точка зрения правовая подчинена С. А. Котляревским точке зрения психологической, право, как и у Иеллинека, подчинено факту. Оригинальность русского ученого выражается здесь, однако, в том, что „социальное учение" заменено психологическим [2]).

Анализируя психическую природу отношений властвования, С. А. Котляревский, приемлет в общем известную уже нам теорию Коркунова, считая, что последний „именно в анализе явлений власти выказал всю проникновенную глубину своей интуиции и всю широту своего научного кругозора" [3]). По мнению С. А. Котляревского, Коркунов стоял на правильном пути, когда он основное и первоначальное усмотрел „именно в подчинении, точнее — в чувстве зависимости" [4]). „Это чувство", говорит С. А. Котляревский, „всем близко и знакомо из ежедневного внутреннего опыта; несравненно сложнее чувство властвования. Там, где никто не подчиняется, никто и не властвует, напротив, можно вполне себе представить подчинение, которому не соответствуют никакие стремления повелевать, более того, которому вообще не отвечает никакое властвование — даже властвование, скрывающееся, по Карлейлю, в великом молчании, где над человеком господствуют лишь призраки его воображения" [5]). Поясняя эту мысль, С. А. Котляревский приводит строфы из „Моцарта и Сальери", долженствующие показать, что, напр., гений властвует над людьми, импонирует им, часто тем неотразимее, чем менее он хочет проявить свое влияние, чем менее иногда он сам его сознает:

---

[1]) Власть и право, стр. 11.

[2]) Н. И. Палиенко в своем исследовании о „задачах и пределах юридического изучения государства" (Ж. М. Ю., 1912 г., № 2), возражая Иеллинеку, подчиняющему юридическое учение социальному, указывает на то, что „базирование" юридического учения на социальном может привести к искажению догматического исследования (стр. 54). Это, конечно, верно, но в таком случае следует иным каким-либо образом объединить два разнородных понятия о государстве, создаваемых двумя методами.

[3]) Там-же, стр. 6.

[4]) Стр. 11.

[5]) Стр. 11—12.

„ . . . о небо!
Где ж правота, когда священный дар,
Когда бессмертный гений не в награду
Любви горячей, самоотверженья,
Трудов, усилия, молений послан,
А озаряет голову безумца,
Гуляки праздного?“ [1]).

Соответственно этому и природа государственного властвования может быть понята „лишь на фоне гораздо более широком, чем тот, который в состоянии дать изолированная наука о государстве“ [2]). Основой и здесь является, по Котляревскому, сознание зависимости, „которое выростает из самого первобытного опыта и которое безконечно укрепляется его одновременным переживанием у массы людей“ [3]). Противоречие, столь поразившее Руссо, между естественной свободой человека и повсеместно наложенными на него цепями, „еще более глубоко“, чем то казалось женевскому философу: „если верно его „l'homme est né libre“, то верно в известной степени и признание гетевского Тассо: „der Mensch ist nicht geboren frei zu sein“. „Человек рождается и свободным и подневольным, рождается с этой двойственностью в естественных предрасположениях“,—таков вывод проф. Котляревского.

Установив это положение, С. А. Котляревский делает, однако, немедленно к нему оговорку: мы не можем, говорит он, смотреть на власть исключительно как на проекцию внутренних состояний, переживаемых подвластным. „Воля к власти“, возвеличенная Ницше, есть также несомненная психологическая реальность [4]). К теории Коркунова вносится, таким образом, некоторая поправка: под совместным действием воли к власти и сознания зависимости „слагается столь нам привычное и столь загадочное осуществление власти“ [5]).

Слагающаяся в силу воздействий указанных причин государственная власть „способна стать великой культурно-этической ценностью“, способна осуществлять весьма важные социальные функции [6]). Значение власти по мере усложнения жизненных условий все более, при этом, усиливается. Великие задания, перед государством стоящие, „требуют сильного авторитетного правительства, властного воздействия на

[1]) Там-же, прим. 2.
[2]) Стр. 14.
[3]) Стр. 15. Это положение дает С. А. Котляревскому возможность отрицать значение принуждения в государственном властвовании, которое, как он полагает, „играет ничтожную роль“ (u. s.).
[4]) Стр. 16, курс наш.
[5]) Стр. 17.
[6]) Стр. 19.

жизнь нации“ [1]). Но, с другой стороны, власть в современном государстве принимает „все более и более правовой облик“. Правда, правовой характер определяет власть, по мнению С. А. Котляревского, „скорее в отрицательном, чем в положительном смысле“, тем не менее праву приписывается им в государственной жизни весьма значительная роль.

С. А. Котляревский отвергает старые естественно-правовые учения, по которым самое возникновение государства мыслилось как юридический акт, но столь же мало приемлемо для него и другое, противоположное, учение, по которому государство есть единственный творец всего права [2]). Он становится на выдвинутую Гирке позицию об „относительной независимости“ указанных явлений, занимая и в этом вопросе позицию среднюю [3]). „Власть и право—две стихии государства, хотя не в одинаковой степени первоначальные“. Essentiale государства—власть [4]).

Но если, по Котляревскому, право—этот, хотя и вторичный, но все же чрезвычайно важный элемент государства,—существует наряду с властью, то где же заключен источник его происхождения?

„Происхождение его слишком понятно“, пишет С. А. Котляревский,—„оно вытекает из осмысленного инстинкта самосохранения—из того инстинкта, который заставлял порабощенную массу приветствовать хотя бы суровые законы, приходящие на место чистого произвола властителей“ [5]). Но, высказав эту мысль, автор тот час же задает себе другой вопрос. Держатели власти сами, по мнению С. А. Котляревского, вводят ее в известные правовые формы, налагая на себя известные ограничения даже тогда, когда объективная для того необходимость как будто отсутствует [6]). Как объяснить это, спрашивает наш автор, и после некоторых рассуждений приходит к тому, что принимает, с некоторыми оговорками, теорию самоограничения государственной власти Г. Иеллинека. Оговорки же, вносимые С. А. Котляревским, заключаются в том, что самоограничение носит, по его мнению, не автономный, как у Иеллинека, но—гетерономный характер,—привносится извне.

От этого теория самоограничения принимает, как будто, более эмпирический вид, но задача обоснования права едва ли выигрывает. Сама идея самоограничения власти содержит в основе своей весьма серьезное противоречие. Если право есть такой же эмпирический факт,

---

[1]) Стр. 20.
[2]) Стр. 23—24.
[3]) Стр. 26.
[4]) Стр. 27.
[5]) Стр. 32.
[6]) Стр. 43—44.

как отношения властвования и подчинения (и оно таковым фактом неминуемо должно быть признано, коль скоро считается, что существует одно лишь действующее право), то оно ни в каком обосновании, кроме причинного объяснения связи с другими фактами, не нуждается. Безполезны, поэтому, все рассуждения Иеллинека о самоограничении автономной воли. Если же право—не эмпирический факт, а нечто ему логически противоположное (тогда оно действительно нуждается в обосновании), то выводить его из факта логически недопустимо. Но как только мы признаем, что право—антипод факту, то тем самым уже мы выходим за узкие пределы действующего права, а в таком случае теория самоограничения по-просту излишня [1]).

Что же касается специально тех оттенков, которые придает этой теории С. А. Котляревский, то они, как нам кажется, делают ее уже совершенно безполезной. В самом деле, если право является в результате „привносимого извне", благодаря „осмысленному инстинкту самосохранения", самоограничения властвующих, то оно понимается просто как ослабленная в отношении к подвластному власть. При более сильно развитом чувстве „сознания зависимости" у одних, при значительно развитой „воли к власти" у других, наряду с ослабленным проявлением „инстинкта самосохранения",—власть становится сильнее, „правовые сдержки" ослабевают. И, наоборот, при усилении проявлений этого инстинкта и ослаблении первых двух процессов власть ослабляется в своем непосредственном воздействии на индивида, отрицательные ее определения—„право!"—приобретают большее значение. Но в таком случае проблема права в его отношении к власти из плоскости правильности власти переносится в плоскость степени ее силы, или, в лучшем случае,—правильности чисто технической, правильности в смысле организованности. Вместе с этим, однако, упраздняется и правовая проблема: каждая существующая власть рассматривается как правильная власть, всякие действующие, от той или иной силы исходящие, правила квалифицируются как право, хотя бы они в основе своей противоречили нашей правовой идее, нашему представлению об arte boni et aequi.

—

[1]) Критические замечания о теории самоограничения государственной власти см. у Triepel'я—Völkerrecht und Landesrecht, 1899, стр. 77. Здесь правильно указывается, что собственная воля способна связывать в области морали, но не в области права.

Едва ли нужно упоминать о том, что сказанное в тексте относительно теории самообязывания применимо и ко всем другим попыткам обоснования положительного права; в частности и к теории Triepel'я, а равно и других международников (напр. Heilborn, Grundbegriffe des Völkerrechts, 1912, E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911 г., А. А. Байков, Правовое значение оговорки rebus sic stantibus, 1916 г. и др.). То же должны мы пока сказать и о теории Bierling'a, op. cit., M. Hauriou, Principes de droit public, 1916, с тем, чтобы еще вернуться к этим писателям в дальнейшем.

Но этот вывод связан не только с учением Котляревского, но неизбежно вытекает из всякого учения, которое, исходя из того, что право есть лишь действующие законы, обычаи и т. д., пытается познать его эмпирическим путем, ибо „действующее право" само по себе есть лишь правила, порождаемые человеческими действиями, есть совокупность фактов, но еще не право. Для того, чтобы за этими фактами признать свойства должного, правового, необходимо, как увидим ниже, установить на них некую особую точку зрения, в которой, очевидно, и скрыто все essentiale „правильного", правового [1]).

§ 5.

Реалистическое обоснование права естественного во французской и русской науке.

Двумя выдающимися юристами, которым, наряду со Штаммлером, принадлежит, несомненно, руководящая роль в новейшей философии права, была сделана попытка, приняв реалистический фундамент, обосновать на нем уже не положительное, но „естественное" право. Мы имеем в виду Л. Дюги и Л. И. Петражицкого. Первый ставит своей задачей обоснование „права социального", второй—„права интуитивного". Один исходит при этом из данных социологии, другой—психологии. К господствующим учениям оба названных автора относятся одинаково отрицательно. В априоризме и „фиктивности" обвиняет их Дюги [2]); „наивную проэкционность" приписывает

[1]) Известная книга Krabbe (Die Lehre der Rechtssouverenität, 1906) представляет попытку эмпирического доказательства верховенства права. По его мнению, право порождает власть (стр. 135). На ту же точку зрения становится П. А. Покровский (О государственной власти 1914 г., стр. 45—46; К вопросу о субъект. международного права, Журн. Мин. Иностранных Дел, 1912 г., стр. 184 и сл.). Но эти попытки (к ним мы еще вернемся) по существу безплодны, ибо производятся на основе метода, содержащего в своей идее отрицание права, ибо отождествляет его с „действующим правом".

Опытное учение о самоограничении власти пытается дать А. М. Горовцев (Некоторые осн. спорные вопросы учения о праве в связи с международным правом, 1916—17 г.). По его мнению, „в отношении опытного изучения идеи правотворчества (!?) юрист находится... в условиях еще более благоприятных, чем физик или естествоиспытатель"... (стр. 47).

Строго эмпирический характер носит и интересная, впрочем, книга E. Ehrlich'a Grundlegung der Sociologie des Rechts, 1913. Исходный пункт его исследований составляет положение, что право есть „правило поведения" (стр. 7), порядок, существующий в обществе (стр. 18—19). Объяснение праву Ehrlich видит в „Uebungen, die in den geselschaftlichen Verbänden jedem einzelnen ihrer Angehörigen seine Stellung und seine Aufgabe anweisen"..., а также в „Rechtssätzen des staatlichen und Juristenrechts" (стр. 136).

[2]) См. L. Duguit: L'Etat, le droit objectif et la loi positive (Etudes de droit public, I) 1901, p. 5 et suiv. Его же Traité de droit constitutionnel, I. 1911, 57; Его же. Социальное право, индивидуальное право, преобразование государства, русск. пер., 1909, стр. 9 и сл.

им Петражицкий [1]). Вместе с тем оба они стараются остаться на почве фактов, воспринимая таковые с елико более возможной простотой. На фактах стремится построить свое учение Дюги [2]), в наблюдении состоит „основной метод изучения и познания предметов и явлений", по мнению Петражицкого [3]).

Замечательно, однако, что как только названные ученые приступают к осуществлению своих намерений по части констатирования фактов, то, при одинаково вдумчивом к ним отношении, при одинаково добросовестном стремлении избегать всяких „фикций", „фантазм", „проекций", каждый воспринимает факты по своему. Более того, факты оказываются у каждого из них явлениями совершенно различного порядка.

В чем заключается основание правовой нормы,—спрашивает Дюги. Основания эти, говорит он, нельзя найти в индивиде; оно может иметь свое бытие только в человеческом обществе [4]). Соответственно этому все усилия Дюги направлены на констатирование фактов социальной жизни.

Наоборот, Петражицкий под правом „в смысле особого класса реальных феноменов" понимает внутренние переживания человека,—„те этические переживания, эмоции которых имеют аттрибутивный характер [5]), а „надлежащим и единственно возможным приемом наблюдения правовых явлений" он признает „метод самонаблюдения, интроспективный метод" [6]).

Исходя, таким образом, из одного и того же, несомненно, реалистического задания, Петражицкий и Дюги немедленно же расходятся друг с другом, как только начинают применять свои эмпирические методы к исследованию явлений действительности. Названные ученые, подобно всем другим реалистам и эмпирикам, не могли избежать того вполне реального влияния, которое оказывают на каждого из нас наши „априорные" понятия о том, где должны находиться необходимые нам „реальные феномены".

Разойдясь в определении места нахождения права, упомянутые ученые, естественно, различно определяют и его существо.

Единственно в объектном правиле поведения усматривает сущность права Дюги. „Il est une règle objective", утверждает он. Это объективное правило не есть, однако, категорический императив

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Введение в изучение права и нравственности, изд. 3-ье, стр. 26; Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. I, 1909 г. стр. 85; т. II, 1910 г., стр. 326 et pass.

[2]) См. напр., L'Etat, I, p. 16, 23 et passim.

[3]) Введение, стр. 23, 30.

[4]) Op. cit. 16.

[5]) Теория права, I, стр. 85.

[6]) Введение, стр. 31.

Канта, как, равным образом,—не моральное правило утилитаристских или гедонистических доктрин. Это—правило фактическое, обязывающее людей только в силу того, что, не соблюдая его, они не могли бы жить в обществе [1]). Не на высшем принципе, но на реальности покоится право.

Право рассматривается, таким образом, у Дюги, как некий закон социальной жизни. Последний имеет, однако, некоторые, по его мнению, отличия от законов физики и биологии. Эти законы, говорит Дюги, следуя здесь за Иерингом, суть законы причины, тогда как правила социальной жизни—законы целевые [2]). Правовое правило есть правило законности целей, в чем и заключено его отличие от закона физики и биологии, устанавливающего между явлениями причинную связь.

Но, являясь законом цели, объективное правило человеческого поведения не утрачивает, однако, всех тех свойств, которые присущи законам природы. Оно с необходимостью вытекает из общности человеческих желаний, мыслей, нужд,—словом—из солидарности людей по сходству—с одной стороны, как равно и из различия желаний и мыслей--солидарности через разделение труда—с другой стороны [3]). Общество не существует и не может существовать иначе, как в условиях солидарности, которая и является истинным основанием права. Правовая норма не может, поэтому, состоять ни в чем ином, как в следующей формуле: не делать ничего, что приносило бы социальной солидарности вред, и поступать так, чтобы ее реализовать и развивать [4]). Короче, право состоит в солидарности, оно, в сущности, есть сама солидарность, ибо одно явление без другого, по Дюги, немыслимо [5]).

Такова доктрина, открывающая праву, несомненно, новые горизонты. Вместо „защищенного интереса", вместо „гарантированного порядка", словом,—вместо начала действующего права, здесь выдвигаются идеи несравненно более высокого порядка, идеи о праве, как общественном служении. И нужно удивляться И. А. Покровскому, который в своей во всех отношениях интересной книге уподобил идеи Дюги идеям, лежавшим в основе старого „Прусского земского права" [6]).

Однако, нельзя не заметить, что эта доктрина носит на самом деле столь же реалистический характер, сколько имеют в себе реализма критикуемые Дюги индивидуалистические и этатические уче-

[1]) См. особенно L'État, I, 16.

[2]) Ibid. 17.

[3]) p. 40—41, Traité t. I, p. 14 et suiv.

[4]) Traité, I, 17; L'État, I, 91.

[5]) L'État, I, 90.

[6]) И. А. Покровский, Основные проблемы гражданского права, 1917 г., стр. 88 и сл.

ния. Как правильно было замечено П. И. Новгородцевым, идея социальной солидарности указывает на нечто большее, чем существующее фактическое положение: „она говорит о социальном долге человека, о том, что „его права суть лишь последствия его обязанностей“ [1]).

Итак, сколь часто ни повторял бы Дюги, что социальная солидарность—не долг, но факт, идея эта заключает в себе все признаки из области должного. Если бы солидарность была только фактом, то ее и не нужно бы было возводить в норму, ибо факта нарушить нельзя, „факт всегда остается только фактом“ и сам Дюги не заходит так далеко, чтобы считать социальную солидарность и порождаемые ею правила ненарушимыми.

Поскольку, однако, Дюги обосновывает свое учение на фактах, постольку он не только устраняет из него все прекрасные свойства утверждения в юриспруденции начал „boni et aequi“, но и лишает самое идею социальной солидарности всякой обоснованности.

Всякое действующее право, всякий закон, выражает право, правовую норму, коль скоро социальная солидарность есть факт. Дюги это и утверждает, говоря, что „закон есть акт, которым правители констатируют норму объективного права“ [2]). Но в таком случае доктрина Дюги превращается из учения о социальном праве в доктрину действующего права. Вместо обоснования права социального она приводит к тому, что придает свойства социального, выражающего общественную солидарность, каждой положительно-правовой системе. Недаром последователь Дюги Гастон Жез воспользовался этим учением для догматического изложения в рамках выработанных своим учителем понятий системы действующего административного права Франции [3]).

Вместе с тем, в погоне за реализмом, Дюги стремится уничтожить понятие субъективного права, считая его, во-первых, априорной категорией, а, во-вторых, понятием политически вредным, служившим всегда лишь целям легитимации для всякой фактической власти [4]). Реально существует, по мнению знаменитого профессора Бордосского университета, лишь субъективная юридическая ситуация (sutuation juridique subjective), т. е. определяемая объективным правом

[1]) П. И. Новгородцев, Предисловие к русскому переводу „Конституционного права“ Л. Дюги, 1908, стр. 24.

[2]) L'Etat, I, 422.

[3]) См. Gaston Jéze, Elćments du droit public et administratif, 1910, особ. стр. 1, 13, 131. Его же. Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik 1913, особ. стр. 5 и сл. Неправ, поэтому, Hauriou, приписывающий учению Дюги анархизм. См. Ориу. Идеи Дюги, русск. пер. С. П. Покровского 1914 г., стр. 9.

[4]) См. особ. Социальное право, индивид. право, стр. 19 et passim.

человеческая воля [1]). Если индивидуальная воля имеет, таким образом, какую-нибудь власть, то таковая не есть субъективное право, но является объективной властью, поскольку, конечно, вытекает из объективно-правовой нормы [2]).

Для нас не совсем ясно, почему категория „объективной власти" является более соответствующей требованиям реалистического миросозерцания, чем понятие о праве субъективном. Во всяком случае, однако, Дюги решительно отрицает категорию субъекта права, отвергает чье либо право на власть, вследствие чего и государственная власть представляется ему простым фактом, простым господством сильных над слабыми [3]). Государство представляется, с этой точки зрения, группою людей, в которой фактически создалась дифференциация сильных и слабых [4]). Оно основано, следовательно, на силе, которая, однако, становится правовой, поскольку сообразуется в своем действии с правом [5]).

На властвующих возлагается Дюги осуществление социальной солидарности. Но, если последняя есть факт, то не является ли каждое проявление власти, „констатирующее" норму, той объективной властью", которая поставлена Дюги на место старого понятия о субъективном праве? Если признать вместе с французским юристом, что его les gouvernants, будучи лишь более сильными по сравнению с другими людьми, тем не менее в состоянии осуществлять социальную солидарность, нормы объективного права, в состоянии посвятить свою деятельность общественному служению, то не сводится ли в таком случае вся теория к одной лишь легитимации властвующих сил с точки зрения высокого начала солидарности?

Иной характер должно бы было принять учение Дюги, если бы он избрал для него не то обоснование, которое дало ему повод заявить: „notre doctrine est... réaliste et positive", „notre construction juridique de l'Etat suivra d'aussi prés que possible les faits" [6]).

Но при отказе от этого реализма доктрина социальной солидарности нуждалась бы в обосновании на некоем первоначальном принципе. Тогда можно было бы признать доказанным положение, что социальная солидарность должна быть осуществляема в человеческом общежитии, если только последнее стремится к развитию заложенного в нем начала справедливости. Вывести начало солидарности из факта, как мы видели, во всяком случае нельзя. Доказательств же необходимости принятии ее, как долга, французским юристом не приводится.

---

[1]) L'Etat, I, 140.
[2]) Ibid, 139.
[3]) Ibid, 9 et suiv.
[4]) p. 19 Traité, I, 37 et suiv
[5]) Traité, I, 41; L'Etat, I, 10
[6]) Traité, I, 48—49.

В отличие от Дюги, проф. Петражицкий не в правилах усматривает сущность права. То, что господствующее воззрение квалифицирует как правовые нормы, рассматривается названным ученым лишь как „нормативные факты", т. е. „факты, которыми определяются и на которые ссылаются соответственные правовые мнения людей и подлежащие проекции, в том числе нормы" [1]).

Между нормами и фактами Петражицкий усматривает существенное различие, заключающееся в том, что факты—явления, „быстро преходящие", „исчезающие", „уже не существующие после произнесения соответственных слов или подписания соответственного документа", тогда как нормы представляются чем то „длительно или постоянно существующим" [2]). Законы, указы и другие акты суть, таким образом, по Петражицкому, не нормы, а лишь факты, которые при этом могут играть не только правосозидательную роль, но также и роль по части уничтожения или искоренения из народной психики тех или иных норм [3]). Понятие о нормальных фактах, однако, не ограничиваются у него кругом явлений, которые в традиционной юриспруденции привыкли считать за нормы. Если право, согласно теории Петражицкого, есть ничто иное, как психическое („императивно-аттрибутивное, эмоционально-интеллектуальное") переживание, то таковое может быть вызываемо к жизни не только законами, указами и прочими „оффициальными" актами. Соответственное переживание может возникать и в связи с другими фактами, совсем так сказать „неофициально". Поэтому, к числу нормативных фактов Петражицкий относит и такие явления, как: мнения, высказанные в той или иной книге („книжное право"), выраженные тем или иным юристом, экспертом („право юридической экспертизы"), основателем религии, святым, отцом церкви; далее нормативным фактом может служить пример, образец поведения; затем—договор, даже программа („програмное право"), обещание, признание другой стороны, прецедент, „юридическая поговорка" и т. д. все, что вызывает правовое переживание, есть, словом, нормативный факт [4]).

Уже отсюда видно, насколько необоснованным является ходячий упрек теории Петражицкого в солипсизме [5]).

Его теория о нормативных фактах как раз дает возможность объяснить позитивное право, как такое, содержание которого определяется восприятиями внешних событий, могущих быть авторитетными для многих людей [6]).

---

[1]) Теория права, т. II, стр. 326.

[2]) U. S.

[3]) Там же, стр. 327.

[4]) См. там же, стр. 579, 596, 599. 607 и сл.

[5]) Б. А. Кистяковский, Социальные науки и право, стр. 294, прим. Срв. В. А. Савальский, Основы философии права в научном идеализме, 1908, стр. 290 и сл. К. А. Кузнецов, Очерки по теории права, 1915 г., стр. 4—5.

[6]) Теория права, II, стр. 479.

При всем различии характеров, воспитания и прочих своих особенностях люди могут одинаково воспринимать такие „факты", как закон, обычай и т. д.

В отличие от позитивного права, право интуитивное имеет „индивидуальный, индивидуально-изменчивый характер; его содержание определяется индивидуальными условиями и обстоятельствами жизни каждого, его характером, воспитанием, образованием, социальным положением, профессиональными занятиями, личными знакомствами, сношениями и пр. и пр." [1]). Интуитивное право отличается, далее, от позитивного тем, что оно в своих решениях свободно сообразуется с конкретными, индивидуальными обстоятельствами отдельного случая, обладает свободной изменчивостью и применяемостью в процессе исторического развития.

Наконец, с большею простотой интеллектуального состава интуитивного права, с отсутствием в нем представлений нормативных фактов, связан больший объем применения его положений [2]).

Таковы свойства интуитивного права по учению проф. Петражицкого. Никто, конечно, не может отрицать глубины и оригинальности психологического анализа, произведенного нашим ученым в его исследовании позитивного и интуитивного права. Возникает, однако, вопрос: право ли то, что Петражицкий называет интуитивным правом, а, далее, и справедливостью? [3])

Если доктрина действующего права возводила в норму общественную устойчивость, „гарантированный порядок", то доктрина „интуитивного права" возводит в норму наши „незащищенные желания", стремления, во всей их изменчивости, называя это именем справедливости. Доктрина интуитивного права есть доктрина критики всякого действующего права, доктрина противопоставления существующему желаемого. Создать на ее основе какую-либо положительную правовую систему нет возможности, ибо отрицание не только действующего, но всякого положительного права заключено в самом его корне.

Интуитивное право есть отрицание всякого данного правового режима, на каких-бы началах он не-был создан. Оно—отрицание всякой существующей справедливости, признание свойств справедливого лишь за тем, чего еще нет, но что еще будет. Достаточно, однако, желаемому сделаться суще-

---

[1]) Там же, стр. 480: „конечно", оговаривается Петражицкий, „общность известных условий и факторов развития интуитивно-правовой психики нескольких индивидов... или больших или меньших масс их может вести и ведет к наличности большей или меньшей степени согласия их интуитивного права".

[2]) Стр. 484.

[3]) Стр. 507: „справедливость представляет ни что иное, как... интуитивное право".

ствующим, чтобы стать тотчас-же вновь отрицаемым новым интуитивным правом. Доктрина Петражицкого не есть, поэтому, доктрина революционная, как ее понял М. А. Рейснер, пытавшийся связать ее с социологической теорией Маркса и Энгельса [1]). Всякая революционная доктрина предполагает „прыжок из царства необходимости в царство свободы", предполагает построение, на развалинах существующего, нового, справедливого, мира. Доктрина Петражицкого есть скорее доктрина эволюции. Учение это провозглашает право на безостановочное развитие, на непрерывное изменение, будучи проникнуто мефистофельским: „alles, was entsteht, ist wert, das es zu Grunde geht". Оно провозглашает, таким образом, странное право на отрицание права: осуществление всякого положительного права может быть, ведь, связано с нарушением чьего-либо „интуитивного".

Только один положительный вывод можно извлечь из доктрины Петражицкого: право на эволюцию. Кажется, однако, с тех пор как вся наука прониклась идеей развития, которое мыслится происходящим по необходимым законам природы, у юристов едва-ли есть какой-нибудь смысл провозглашать право на это развитие.

Но каждое право на самом деле живет и действует применительно к тому или иному моменту. Создать порядок в эволюции, урегулировать развитие, никакое право не способно. Поэтому, если „интунтивное право" построено на отрицании правомерности всякого настоящего, то и это не избавляет Петражицкого дать ответ на вопрос о том, что должно быть в данный момент. Здесь то и выступает на сцену позитивное право, которое есть ни что иное как вызываемое нормативным фактом переживание. Позитивное право уже не отрицает, но оправдывает существующее, принимает настоящее, фактическое таким, каково оно есть. Эмпирия привела и Петражицкого к своему обычному результату: к примирению должного с существующим, права с фактом.

Это сказалось и на учение проф. Петражицкого о государственной власти. Так как из идеи интуитивного права, предполагающего непрерывное изменение, нельзя вывести никакого правового понятия, то государственную власть Петражицкий вынужден мыслить в категории позитивного права, вынужден успокоиться на утверждении, что это есть—проекция, фантазма, „означающая особый вид приписываемых известным лицам прав" [2]).

Все, что фактически „приписывается" чьей-либо психикой кому-либо, есть право соответствующего лица. Но в таком случае между право-

---

[1]) См. М. А. Рейснер. Теория Л. И. Петражицкого, марксизм и социальная идеология, 1908 г., стр. 118 и сл., 165 и сл.

[2]) Теория, т. I, стр. 198—199 и сл.

вым, долженствующим, и „приписываемым“, существующим теряется всякое различие.

§ 6.

Выводы.

(Генетическое и систематическое исследование).

Как видим „право естественное“ может быть также мало обосновано из факта, как и „право действующее“. И здесь принятие права за факт влечет за собою полное слияние сущего с долженствующим, принятие эмпирически-воспринимаемого за такое, которое будто бы и должно быть.

Все реалистические доктрины одинаково ведут к отрицанию справедливого, к примирению с существующим, и, в особенности, к принятию наличной в каждый данный момент власти, как самого могущественного из всех фактов, какие только могут быть нами восприняты.

Несомненно, что, коль скоро в новейшей, особенно, как мы старались отметить,—в русской—литературе, все более и более утверждается течение, стремящееся совершенно отказаться от правового анализа явления власти, заменив таковой объяснением соответствующих фактов по началу причинной зависимости, то мы стоим перед опасностью полного забвения задач нашей науки, как „justae atque injustae scientiae“.

Правда, и в настоящее время нет недостатка в догматических конструкциях различных институтов публичного права, в том числе и государственной власти, но все эти конструкции лишь в самой отдаленной степени воодушевлены задачей быть „ars boni et aequi“, ибо исходят из предположения о „нормативной силе фактического“. Так как, однако, догматические конструкции институтов публичного права могут быть создаваемы лишь на основе правовых понятий, то все соответствующие теории и содержат в основе своей глубокое противоречие. Создаваемые путем абстрагирования понятий из положений, содержащихся в нормах действующего права, предполагающие, следовательно, что право есть ни что иное, как вытекающие из фактов, действующие, правила, они вместе с тем, как теории юридические, не могут отказаться от оценки действительности, не исключая и явления власти, от которой всякое „веление и запрет“ приемлют как право.

Совершенно очевидно, что наука наша и после трудов Иеллинека продолжает болеть тяжелой болезнью в области своей методологии. Быть может даже „социальное учение о государстве“ покойного гейдельбергского профессора принесло науке о праве и „общему учению о государственном праве“,—в особенности, и некоторый вред.

Мы далеки от того, чтобы отрицать значение социологических, психологических и иных изысканий в государствоведении. Нужно, однако, отдавать себе ясный отчет в том, что понятия, образуемые на основе признаков, выводимых безо всякой оценки из восприятия в причинной связанности, не могут претендовать на какую-либо систематическую законченность [1]).

Каузальное исследование рассматривает каждое изучаемое явление как факт; устанавливая генетически зависимость между явлениями, оно предполагает их относительность, изменчивость. В том случае, если за предмет такого исследования принято правовое явление, то и оно разценивается только как факт. Ни на основе социологии, ни методами психологии нельзя, поэтому, придти к определению понятия о государственной власти, ибо, создавая это понятие, необходимо отказаться от предположения относительности изучаемого, но принять существование явлений для нас, рассматривать явления не в их изменении, а в существовании, нужно другими словами, их систематизировать. Но сущность всякой системы заключается ни в чем ином, как в приспособлении фактов и их генетических группировок к нашим нуждам, точкам зрения, целям. Всякая система есть, таким образом, некое телеологическое единство [2]). Поэтому то и все рассмотренные нами теории о государственной власти, при всем своем стремлении быть строго объективными, не могли отказаться от того, чтобы не избрать наиболее ценимое каждой из них начало за основу для образования высших систематических понятий, каковы государство, государственная власть, право.

---

[1]) Каузальное исследование, как замечено Э. Махом (Analyse der Empfindungen, 5 Aufl, 1906, 81), дает хорошие результаты лишь в том случае, если имеется возможность установить непосредственную связь между явлениями. Отсюда, однако, можно сделать тот вывод, что понятия, этим путем устанавливаемые, должны неизбежно иметь очень узкий объем. Если-же иногда и делаются от установления причинной связи обширные обобщения, то это происходит в силу того, что наблюдаемые явления заранее систематизируются. Под каузальным исследованием скрывается таким образом исследование телеологическое. Сказанное относится в особенности ко всем т. н. социологическим и историко-философским доктринам. См. по данному вопросу замечания Зигварта, Logik, II, 1878, §§ 60—62, а также Виндельбанда Прелюдии, русск. пер. С. Л. Франка, 1904, стр. 25 и сл., каковые замечания, однако, не выдвигают проблему с полной рельефностью. Срв. также H. Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, I, 1896, 31 u ff., et pass., где, впрочем, полная ясность также отсутствует.

[2]) Неправ был Иеллинек, устанавливая телеологические единства наряду с „пространственными" и „временными" (см. выше,). Последние мы создаем также на телеологических началах. То-же относится и к его рассуждениям о „практических единствах" (System, S. 20 u ff.). Всякое единство есть „единство практическое". В последнее время много сделано для юридической методологии Р. Штаммлером. См. его Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 5 и сл. Хозяйство и право, т. II, русск. пер., 1907, стр. 7. Theorie der Rechtswissenschaft 1911 г. и друг.

Но если всякая система есть построяемое по принципу цели единство, то чем шире, богаче и многообразнее область фактов, подлежащих систематизации,—тем выше и общезначимее, „первичнее", должна быть цель, по началу которой это единство создается. Всякое мировоззрение, всякая научная система, есть по существу своему ничто иное, как подчинение генетически познанных фактов известному объединяющему началу, ибо мировоззрение, наука—прежде всего системы [1]). Всякое мировоззрение есть, поэтому, и подчинение сущего должному, факта—точке зрения, цели. Всякая общественная доктрина есть соответственно подчинение фактического правовому. Образовывая общие систематические понятия, создавая науку, вырабатывая миросозерцание, мы сводим все наши добытые генетически суждения и понятия к некоторым, более или менее общезначимым, априорным началам. Выведение какой-либо системы из данных истории, психологии и других наук, оперирующих генетическим методом, есть не более, как contradictio in adjecto.

Однако, при образовании соответствующих единств, систем, надлежит руководствоваться не случайными, эмпирически наиболее заметными, признаками, но следует изыскать для того аксиоматические, ненаходящиеся в противоречии с основными нашими понятиями, начала. Чем выше, и—вместе—определеннее, будут избранные нами для того начала, тем „объективнее", „общеприемлемее" будет и создаваемая система. Вся „объективность" математики есть, в сущности, ничто иное, как общезначимость ее основных систематических начал.

Из сказанного вытекает, что решить проблему государственной власти значит аксиоматически установить ту цель, то „должное", ту точку зрения, исходя из которых мы были бы в состоянии все существующее многообразие фактов, связанных с властвованием одних людей над другими, объединить в систематическое понятие. Это значит, другими словами, найти аксиоматическое выражение для высшего в общественной науке понятия, понятия права.

---

[1]) „Под наукою разумеется всякое содержание самознания, которое установилось и определилось в безусловно едином виде" Р. Штаммлер. Die Lehre, S. 5. Сущность и задачи права и правоведения, перев. Краснокутского, 1908, стр. 56. См. также интересные по этому вопросу замечания у В. А, Савальского, цит. соч. стр. 276.

Отд. оттиск из Изв. Иваново-Возн. Политехн. Инст. т. I, в. 1.